

Centro Universitário de Brasília- UNICEUB

ÍTALO BATISTA COSTA LEITE

**Transporte aéreo: a proteção ao consumidor e a
problemática do limite de indenização**

Brasília – DF

2011

ÍTALO BATISTA COSTA LEITE

**Transporte aéreo: a proteção ao consumidor e a
problemática do limite de indenização**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília- UNICEUB.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa

BRASÍLIA – DF

2011

Autor:

ÍTALO BATISTA COSTA LEITE

Título:

**Transporte aéreo: a proteção ao consumidor e a
problemática do limite de indenização**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília- UNICEUB.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa

Monografia aprovada em ____ / ____ / ____ para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Banca Examinadora

Prof. Leonardo Roscoe Bessa
Orientador

Prof. Héctor Valverde Santana
Examinador

Prof. Ricardo Morishita Wada
Examinador

BRASÍLIA – DF

2011

Aos meus pais, Deri e Renato.

AGRADECIMENTOS

Dedico essa minha monografia aos meus pais, que além de me trazerem ao mundo, me educaram da melhor forma possível e dentro das suas possibilidades, fazendo o máximo para que seu filho único crescesse na vida. Meu agradecimento ambos. Amo vocês!

Ao meu grande amigo de jornada, Danilo Ambrozio de Assis, quem viu os resultados dos aprovados e ligou para dizer que eu havia passado no vestibular para o curso de Direito do UniCeub. Se não fosse por ele, teria perdido a matrícula! Risos. Aos meus grandes amigos que seguem juntos comigo, entre outros, destaque para Igor Vasconcelos, Túlio Frade Reis e Wilson Machado Júnior.

Mais uma vez agradeço à minha mãe, por manter-se firme ao meu lado, dando exemplo de força e equilíbrio, verdadeiramente como um pilar na minha vida, sempre atenta para meu bem estar, físico e emocional. Obrigado mãe!

Ao meu tio-avô José Batista Cordeiro, que desde eu bem pequeno dizia o quanto gostaria de me ver formado, infelizmente Deus o levou para seu lado antes mesmo de realizar essa vontade... Às minhas tias-avós Aurelinda, Benedita, Judith, Maria e Odeth Batista Cordeiro (tia-avó e madrinha), pelo carinho e dedicação no decorrer de todos esses anos, bem como à minha tia e madrinha Maria Isabel Batista da Costa, que me amparou em momentos de dificuldades e deu conselhos para ser forte e seguir a diante sem se deixar vencer pelas dificuldades.

Em especial, meus mais sinceros agradecimentos ao meu grande amigo/ irmão, Igor D'Ávila Baseggio, com o qual passei por momentos positivos e negativos, inúmeras reflexões, buscando aprimoramento com conversas longas e produtivas, um braço forte e ombro amigo ao longo desses anos de amizade.

Também não poderia deixar de agradecer à minha amiga Larissa Maria Melo Sousa, por prestar-se a ajudar na formatação e revisão desta, bem como ao Márcio José de Oliveira por entre outras tantas coisas, ajudou nas impressões, assim como Andréa Gomes Bandeira, Bruno Arêas Brito e Luciano Kede Flor.

Gratidão ao meu orientador, Leonardo Roscoe Bessa, por todas as orientações, guiando meus passos para concluir mais essa importante etapa. Grato!

*"Procure ser uma pessoa de valor, em vez de procurar ser uma pessoa de sucesso.
O sucesso é consequência"*

Albert Einstein

RESUMO

O tema proposto para elaboração desta monografia foi Transporte Aéreo: a proteção ao consumidor e a problemática do limite de indenização. Inicialmente, se atenta para a proteção do consumidor, fazendo referências históricas bem como sua evolução, a vulnerabilidade do consumidor e abrange sua proteção contra a limitação na indenização. Em seguida, se engloba as divergências existentes entre o Código de Defesa do Consumidor e as Leis Específicas, no foco do transporte aéreo, além do entendimento do Superior Tribunal de Justiça- STJ e do Supremo Tribunal Federal- STF acerca do tema. Por fim, se encontra a abordagem do elucidativo diálogo das fontes para melhor compreensão do assunto deste estudo.

PALAVRAS-CHAVE: Consumidor; Evolução; Vulnerabilidade; Proteção; CDC; Leis Específicas; Divergências; Transporte Aéreo; Tarifação; Impossibilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR	12
1.1 Referências históricas do Código de Defesa do Consumidor	12
1.1.1 A evolução do CDC	15
1.2 Vulnerabilidade	20
1.3 Proteção contra limite de indenização	27
2 DIVERGÊNCIAS ENTRE O CDC E LEIS ESPECÍFICAS	37
2.1 Superior Tribunal de Justiça- STJ	43
2.2 Supremo Tribunal Federal- STF	46
3 DIÁLOGO DAS FONTES	57
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

De início, vale salientar que o tema “transporte aéreo” ainda está sendo amplamente debatido e analisado nas suas diversas esferas, tendo em vista sua complexidade perante o ordenamento jurídico brasileiro, em específico, a Lei. 8.078/ 1990- Lei de Proteção e Defesa do Consumidor.

O espaço-tempo da modernidade não possui centro absoluto, nem horizonte determinado uma vez por todas: seus horizontes se transferem para mais longe, à medida que o homem se desloca [...]. Nunca o homem foi tão móvel como agora; jamais caminhou tanto nas estradas do mundo; mas ele caminha para caminhar [...]. Incansavelmente ele empreende vencer a distância que o desafia; sua vida é uma corrida através da distância, sem esperar jamais alcançá-la.¹

O transporte aéreo no Brasil cresceu muito nos últimos anos. Com o surgimento de novas companhias aéreas e a modernização das já existentes, foi possível aumentar o número de assentos disponíveis na malha aérea. [...] Existem cerca de 2.498 aeroportos no Brasil, incluindo as áreas de desembarque, dos quais, 34 aeroportos são internacionais e 2.464 aeroportos são regionais. O país tem o segundo maior número de aeroportos em todo o mundo, atrás apenas dos Estados Unidos.²

A Copa do Mundo de 2014 vai representar apenas um “solução” no aumento de passageiros dos voos comerciais no Brasil, com 10,3% a mais num período de dois meses (junho e julho de 2014), o que significa pouco mais de 2.000.000 de viajantes, o que não causará grandes problemas ao tráfego aéreo do país. A avaliação foi feita pelo ministro da Defesa, Nelson Jobim, durante exposição sobre as ações do governo para preparar os aeroportos, [...] o crescimento esperado

¹ LUCCA, Newton de. **Direito do Consumidor, Teoria da Relação de Consumo**. Editora Quartier Latin, São Paulo, 2003, p. 264. Citando Gusdorf em sua obra **A Agonia da Nossa civilização**, Editora Convívio, São Paulo, 1978. pp. 80-81.

² WIKIPEDIA. **Transporte Aéreo no Brasil**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Transporte_a%C3%A9reo_no_Brasil#cite_note-1> Acesso em 14-04-2011.

elevará o movimento de 26.000.000 para 28.000.000 de passageiros apenas durante os dois meses nos aeroportos que serão usados nos locais da competição.³

Assim, levando em consideração a importância que terá a análise do foco desse trabalho, bem como o número de passageiros que utilizarão os serviços de viagens das transportadoras aéreas neste acontecimento de grande proporção que é a Copa do Mundo de 2014, o primeiro capítulo do presente estudo científico foi baseado num desenvolvimento cronológico, onde engloba a proteção do consumidor no decurso histórico do Código de Defesa do Consumidor, a evolução da legislação ao longo desses 20 (vinte) anos, os benefícios alcançados pelo consumidor e sua vulnerabilidade, tendo como enfoque uma análise do transporte aéreo e seus serviços versando a impossibilidade de se impor aos consumidores lesados, as indenizações tarifadas.

A pesquisa esclarece a respeito da vulnerabilidade do consumidor e os motivos pelos quais se necessita dar maior proteção a esse sujeito. Proteção essa que se encontra na alçada do Direito Constitucional, mais precisamente em artigos da Constituição de 1988 dedicados especificamente ao consumidor, no Direito Civil, atualizado no Código Civil de 2002 e no Direito do Consumidor em sentido amplo.

O segundo capítulo dispõe a respeito das divergências existentes entre o CDC e leis específicas como a Convenção de Varsóvia e o Código Brasileiro de Aeronáutica, quanto aos critérios predominantes de regulamentação do mesmo assunto, resolução de conflitos na seara do consumidor de serviço de transporte aéreo. Desta maneira, as normas foram confrontadas com intuito de se alcançar um denominador comum.

Adentrando mais ao conteúdo, destaca-se o entendimento dos tribunais superiores como Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal a respeito de estudos de casos que abrangem a temática: transportador aéreo X consumidor, expondo posicionamentos de magistrados acerca do tema e a

³ WAMBURG, Jorge. Ministro descarta problemas no transporte aéreo brasileiro durante a Copa de 2014. **Agência Brasil**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.abc.com.br/noticia/2009-12-15/ministro-descarta-problemas-no-transporte-aereo-brasileiro-durante-copa-de-2014>>. Acesso em 14-04-2011.

jurisprudência predominante na qual define a legislação apropriada para atual entendimento do objeto do trabalho.

O tão destacado diálogo das fontes é abordado no terceiro capítulo, de onde se analisa simultaneamente o entendimento mais harmonioso quanto à resolução daqueles conflitos entre fontes legais, além de uma interpretação mais complexa e dinâmica acerca das garantias constitucionais, objetivando principalmente a defesa dos direitos e interesses do consumidor, com intuito de melhor ampará-lo.

Por fim, o entendimento foi o de que os consumidores que forem lesados pela falta de eficiência nos serviços prestados pelas empresas de transporte aéreo devem ser indenizados conforme a extensão do dano sofrido, sem qualquer limitação.

1 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

A proteção ao consumidor e a defesa da integridade de seus direitos **representam compromissos inderrogáveis** que o Estado brasileiro **conscientemente** assumiu **no plano** de nosso ordenamento jurídico constitucional. **O relevo indiscutível** desse compromisso estatal – **considerada a irrecusável importância** jurídica, econômica, política e social **de que se revestem** os direitos do consumidor **tanto** mais se acentua **quando** se tem presente que a Assembléia Nacional Constituinte, em caráter absolutamente inovador, **elevou a defesa do consumidor à posição eminente de direito fundamental** (CF/1988, art. 5º, XXXII), **atribuindo-lhe**, ainda, **a condição** de princípio estruturador e conformador da própria ordem jurídica (CF/1988, art. 170, V).⁴ (grifo do autor)

1.1 Referências históricas do Código de Defesa do Consumidor

O consumidor alcançou, enfim, a posição de respeito e atenção que sempre lhe foi devida, mas quase sempre não reconhecida. Graças ao Código de proteção e Defesa do Consumidor, representado pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que veio realmente para ficar, ele pode exercer seus direitos com plena eficácia.⁵

O direito do consumidor é um ramo novo do direito, disciplina *transversal* entre o direito privado e o direito público, que visa proteger um sujeito de

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 2.591. Plenário. Relator Originário: Min. Carlos Velloso. Relator para o Acórdão: Min. Eros Grau. Brasília-DF, 7 de junho de 2006. DJ de 29-9-2006. Extrato do voto do Min. Celso de Mello. Ementa: Código de Defesa do Consumidor. Art. 5º, XXXII, da CB/88. art. 170, V, da CB/88. Instituições financeiras. Sujeição delas ao código de defesa do consumidor, excluídas de sua abrangência a definição do custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas na exploração da intermediação de dinheiro na economia (art. 3º, § 2º, do CDC). Moeda e taxa de juros. Dever-poder do Banco Central do Brasil. Sujeição ao Código Civil. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>> Acesso em: 06-08-2010.

⁵ MIRANDA JÚNIOR, Darcy Arruda. **Código do consumidor na jurisprudência: acórdãos na íntegra e ementas atualizadíssimas, completo índice de assuntos** / Darcy Arruda Miranda Júnior. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999. p. V- nota introdutória.

direitos, o consumidor, em todas as suas relações jurídicas frente ao fornecedor, um profissional, empresário ou comerciante.⁶

Como decorrência do fantástico desenvolvimento tecnológico e científico havido no último século, sobre todas as áreas do conhecimento humano e como resultado das transformações sócio – econômico – políticas havidas, vem se adaptando o ordenamento jurídico para atender o fato social e as necessidades de uma sociedade em mudança. Daí resultaram muitos novos ramos do Direito, conhecidos como Direito de Terceira Geração, entre eles, [...] o Direito do Consumidor.⁷

O ordenamento jurídico brasileiro é um sistema ordenado de direito positivo. Sob essa ótica sistemática, o direito do consumidor é um reflexo do direito constitucional de proteção afirmativa dos consumidores (art. 5º XXXII e art. 170, V da CF/88; art. 48 do ADCT-CF/88).⁸ Tanto sua proteção quanto o processo de evolução dos direitos do consumidor tornaram-se normas regentes às relações de consumo.

O direito é elemento com eficácia própria, constitutivo do modo de produção. O Código de Defesa do Consumidor é produto da transformação sofrida pela Constituição de 1988, na medida em que possui forte caráter dirigente, enunciando diretrizes, metas e programas.⁹

Há vinte anos, o Congresso Nacional aprovou o Código de Defesa do Consumidor, [...] sob uma ótica de eficiência, eficácia e efetividade, pois trata de uma lei que afeta todo o dia a dia do cidadão – na visão econômica de consumidor. [...] Daquele momento até os dias atuais, se nota uma luta dos órgãos estatais entre outras entidades fora do governo, com a intenção de dar força e incentivo à Lei 8.078/90, pondo à prova sua aplicação às diversas relações consumeiristas vividas pelo cidadão.¹⁰

⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de direito do consumidor**/ Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. 2. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 25.

⁷ SENA, Felicíssimo. **Revista Jurídica** – vol., n.º3/4 (2001) – Anápolis, FAE,. FADA, 2001. p. 17.

⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de direito do consumidor**/ Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. 2. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 26.

⁹ MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nadia. **O novo direito internacional** – estudos em homenagem a Erik Jayme / Cláudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras – Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 848-849.

¹⁰ BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/programas/20anosCDC/>>. Acesso em: 16-10-2010.

As mudanças ocorridas nas ações de consumidores e fornecedores, cientes de suas obrigações e direitos, foram possíveis devido à técnica legislativa, fundada em princípios e cláusulas gerais, que permitiu considerar o CDC como uma lei principiológica.¹¹

Em concreto, Fernando Costa de Azevedo afirma que “o direito do consumidor é um mecanismo indispensável na defesa das mais legítimas necessidades da pessoa humana”. Logo, mister frisar que a regulação do mercado de consumo por meio de normas impostas pelo Estado para corrigir desequilíbrios, no Brasil, foram concebidas para a proteção de um novo sujeito de direitos fundamentais, o consumidor.¹²

A função do Direito não é mais cuidar das pessoas, mas garantir a estabilidade das relações econômicas, em ambiente de livre mercado. Logo, toda atitude que for de encontro à dignidade da personalidade humana deve ser restringido pela ordem jurídica, seja por “[...] invalidação de negócios jurídicos, responsabilidade civil por reparação a danos morais e materiais, a imposição de obrigações específicas de fazer ou não fazer etc”.¹³

Hélio Zaguetto Gama chama atenção para o seguinte:

Duas grandes diretrizes guiam as medidas políticas que asseguram a liberdade do mercado: o controle do abuso do poder econômico e a defesa do consumidor. Só existem estas duas grandes diretrizes onde há liberdade de mercado.¹⁴

O CDC surgiu com o objetivo de minorar a desigualdade das partes nas diversas formas de contratos. Nas palavras de Gabriel Saad, os motivos embasadores seriam os seguintes:

Na busca do lucro, o que é perfeitamente admissível em nosso regime sócio-político, o empresário tem, nos valores sociais do trabalho, um dos seus limites. [...] Nessa ordem de pensamento, não deixa de ser legítima a conduta do Estado que, por meio de lei, procura coibir eventuais abusos desses empresários (neste código, chamado de “fornecedores”) em dano dos interesses desses consumidores que, na população do país, têm peso maior que o dos

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 24.

¹² AZEVEDO, Fernando Costa de. **Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, a. 2009, n. 69, p. 47.

¹³ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, pp. 102-104.

¹⁴ GAMA, Hélio Zaguetto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.9.

trabalhadores. Só nos resta concluir que o CDC é compatível com o artigo 1º¹⁵, inciso IV da Constituição Federal.¹⁶

José Geraldo Brito Filomeno expõe com clareza “que foram ouvidos os reclamos dos órgãos e entidades ligadas à defesa e proteção do consumidor [...]”¹⁷

Fácil concluir, portanto, as razões do avultado¹⁸ número de litígios entre, fornecedores e consumidores, considerada a abrangência e a maleabilidade do Código, passível de aplicação até mesmo por analogia. Com efeito, desde a manufatura até a prestação de serviços, inúmeros mecanismos de produção têm disciplina jurídica pelo Código do Consumidor, e a tendência natural da jurisprudência é ampliar, ainda mais, o espectro da lei consumeirista, mediante a interpretação extensiva ou, como já foi dito, a analogia.¹⁹

1.1.1 A evolução do CDC

A cada passo, a organização e estrutura criadas para atender os mais diversos anseios em favor do cidadão como consumidor, é o legado que será herdado pelas próximas gerações. A proteção ao consumidor é um desafio nos dias atuais, já que o CDC protege a parte mais fraca da relação de consumo. As relações civis e comerciais que não se enquadram no conceito de relação de consumo,

¹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; Acesso em: 11-08-2010.

¹⁶ SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 1999.p. 31.

¹⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas 2001. p. 28-29.

¹⁸ Cf: Avultado, [Part. De avultar.] *Adj.* 1. Representado em vulto. 2. Intensificado, aumentado. 3. Grande, volumoso, considerável, avultoso, avultante. BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa** / Francisco da Silveira Bueno, ed. ver. e atual. Por Helena Bonito C. Pereira, Rena Signer. São Paulo: FTD: LISA, 1996.p. 88.

¹⁹ MIRANDA JÚNIOR, Darcy Arruda. **Código do consumidor na jurisprudência: acórdãos na íntegra e ementas atualizadíssimas, completo índice de assuntos** / Darcy Arruda Miranda Júnior. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999. p. V- nota introdutória.

continuaram a ser reguladas por suas leis específicas. E os objetivos da política de relação de consumo estão elencados no artigo 4º e seus incisos, do CDC.²⁰

Preenchendo essa visão acerca do tema, observa Antônio Herman Vasconcelos Benjamin:

Mas existe, mesmo, uma coletividade denominada de consumo ou, ao contrário, não se pode ver o consumidor como uma categoria única, uniforme e homogênea? Aqui as divergências ganham colorido ideológico. Ora se afirma que 'todos somos consumidores', ora se tenta demonstrar que, em verdade, há consumidores ricos e pobres etc. Há aqueles que negam, com razão, a possibilidade de os consumidores constituírem uma classe, no mesmo sentido em que se fala em classe operária. Não se trata de discussão meramente acadêmica. Dela resulta a possibilidade ou não de se falar em interesse difuso do consumidor, ou, ao revés, simplesmente de interesse coletivo de uma mera categoria ou parcela de consumidores. Não havendo um interesse homogêneo dos consumidores como um todo, tornar-se-ia, pois, difícil falar em interesses do consumidor em geral.²¹

A legislação antitruste²² visa tutelar a própria estruturação do mercado, com exatidão apontando que no sistema capitalista, a liberdade de iniciativa e a de competição se relacionam com aspectos fundamentais da estrutura econômica. O direito, no contexto, deve coibir as infrações contra a ordem econômica com vistas a garantir o funcionamento do livre mercado. Claro que, ao zelar pelas estruturas fundamentais do sistema econômico de liberdade de mercado, o direito de concorrência acaba refletindo não apenas sobre os interesses dos empresários vitimados pelas práticas lesivas à constituição econômica, como também sobre os dos consumidores, trabalhadores e, através da geração de riquezas e aumento dos tributos, os interesses da própria sociedade em geral. [...] ²³

Na interpretação de Hélio Zaguetto Gama:

²⁰ BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/programas/20anosCDC/>>. Acesso em: 16-10-2010.

²¹ BENJAMIN, Antônio Herman V. **O conceito jurídico de consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 628/69-70.

²² Cf: Anti, pref. Que denota oposição; Truste, s.m. Sociedade constituída para suprimir a concorrência e impor os preços. BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa** / Francisco da Silveira Bueno, ed. ver. e atual. Por Helena Bonito C. Pereira, Rena Signer. São Paulo: FTD: LISA, 1996.p.56 e 658.

²³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 5.

O Código de Defesa do Consumidor tem surpreendido aos estudiosos do direito pela forma abrangente que revela na condição de estatuto protecionista. Os seus mecanismos, postos para serem aplicados pelas pessoas envolvidas na relação de consumo, pelas autoridades administrativas e pelo Poder Judiciário, visam às proteções desejadas pela lei e pela sociedade.²⁴

Quanto ao conceito de fornecedor, este está disposto no CDC em seu art. 3º.²⁵, por qual, pode-se concluir que fornecedor de serviço é todo sujeito, que em uma relação de consumo, fornece bens ou presta serviços em caráter mercantil, ou seja, mediante remuneração e de forma habitual.²⁶

Ademais, antes de entrar em vigor o CDC, as relações exercidas entre pessoas, com exceção às relações de trabalho, se regulavam pelo Código Civil, ou pelo Comercial. Entretanto, após sua entrada em vigor ele passou a regular todas essas relações, desde que presentes o consumidor de um lado e fornecedor de outro.²⁷

O Código de Defesa do Consumidor é norma de ordem pública, editada em atenção à (pelo menos) dois dispositivos constitucionais e, a seu turno, passou a regular universalmente toda e qualquer relação de consumo, dando origem a um microssistema das relações de consumo, pelo que nos parece lícito concluir pela sua aplicabilidade inclusive àqueles tipos de transporte, como é o caso do transporte aéreo [...]²⁸

²⁴ GAMA, Hélio Zaguetto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.124.

²⁵ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 11-08-2010.

²⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p.47.

²⁷ ALVIM, Eduardo Arruda; JORGE, Flávio Cheim. **A responsabilidade civil no código de proteção e defesa do consumidor e o transporte aéreo**. Revista de direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais. nº 19, 1996. p. 114.

²⁸ ALVIM, Eduardo Arruda; JORGE, Flávio Cheim. **A responsabilidade civil no código de proteção e defesa do consumidor e o transporte aéreo**. Revista de direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais. nº 19, 1996. p. 136-137. “(1) o Código de Proteção e Defesa do Consumidor é norma de ordem pública e, como tal, incide sempre, mesmo à revelia das partes interessadas; (2) ainda que se considere que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor como lei geral, esta pode perfeitamente afastar a especial (embora esta não seja a regra), desde que tenha sido intuito claro do legislador o de abranger as hipóteses albergadas pela lei especial (o que é o caso do Código, que atinge toda e qualquer relação de consumo) e (3), sob certo enfoque, pode-se dizer que o próprio Código de Proteção e Defesa do Consumidor, conquanto possa ser visto num

Extraí-se que independe do aprofundamento da conceituação do que seriam as pessoas amparadas pelo direito do consumidor, é bem visível o elo entre o transporte aéreo, envolvido por este trabalho, na chamada relação de consumo, na qual num extremo encontra-se o transportador aéreo e no outro o passageiro (consumidor), usuário do serviço.

Apesar de não se tratar de norma específica quanto ao transporte aéreo, o Código de Defesa do Consumidor foi criado baseado em norma constitucional²⁹, visando à proteção e equilíbrio na relação de consumo.

Deste modo, e em virtude do seu caráter de norma pública, o CDC é legítimo para tratar sobre o tema do transporte aéreo, tendo em vista a caracterização da relação de consumo entre o fornecedor de serviço (transportador aéreo) e o consumidor (usuário do serviço).

É de muito bom tom que se faça uma análise dos clássicos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, visto que são elucidativos nesse aspecto, conforme segue:

[...] que se trate de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos; a norma constitucional veio pôr fim às divergências doutrinárias quanto à incidência de responsabilidade objetiva quando se tratasse de entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos (fundações governamentais de direito privado, empresas públicas, sociedades de economia mista, empresas permissionárias e concessionárias de serviços públicos), já que mencionadas, no artigo 107 da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, apenas as pessoas jurídicas de direito público (União, estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios e autarquias);³⁰ (grifo nosso)

Dentre as inovações trazidas pela promulgação da nova Carta Magna, temos o fato de o transportador aéreo ser um concessionário de serviço público, como previsto no art. 37, § 6º.³¹ Assim, mesmo que decorra de contrato, a

primeiro momento como lei geral do consumo, é, de outro lado, a lei especial, porquanto editado com o escopo de passar e também regular toda e qualquer relação de consumo, estivesse ela anteriormente disciplinada pelos Códigos Civil ou Comercial, ou ainda por legislação especial, como é o caso da aeronáutica”.

²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988. Art. 5º, XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 11-08-2010.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 554.

³¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos

sua responsabilidade será objetiva, não cabendo argüir culpa ou dolo para ensejá-la [...]³²

Sérgio Cavalieri Filho enfatiza:

Tenho sustentado que o Código do Consumidor criou uma *sobreestrutura jurídica multidisciplinar, normas de sobredireito* aplicáveis em todos os ramos do Direito – público ou privado, material ou processual – onde ocorrerem relações de consumo. Usando de uma figura, costumo dizer que o Código fez um corte horizontal em toda a extensão da ordem jurídica existente, levantou o seu tampão e espargiu a sua disciplina por todas as áreas do direito, colorindo-as com as suas tintas. Dessa forma, os institutos e contratos continuam regidos pelas normas e princípios que lhes são próprios, mas sempre que gerarem relações de consumo ficam também sujeitos à disciplina do Código do Consumidor.³³

Igualmente oportuna a apresentação da definição da relação de consumo apresentada por Carlos Alberto Bittar:

Estende-se o Código às relações do consumo, ou seja, às funções de satisfação de necessidades para as quais convergem todas as operações de produção, intermediação e colocação de produtos ou de serviços no mercado a adquirente ou utente final.³⁴

O mercado por si mesmo é impotente para assegurar a superação da fragilidade do consumidor na relação de consumo. O Direito ainda não consegue proteger o consumidor em todas as espécies de consumo, o que equivale dizer que existe tutela incompleta, que deve ser ampliada, pela conscientização social de fornecedores e consumidores.³⁵

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 11-08-2010.

³² FARES, Ali Taleb. **Novo panorama da responsabilidade civil no transporte aéreo**. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br>>. Acesso em: 08-09-2010.

³³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 359.

³⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor: código de defesa do consumidor**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 23.

³⁵ SENA, Felicíssimo. **Revista Jurídica** – vol., n.º3/4 (2001) – Anápolis, FAE., FADA, 2001. pp. 25-26.

1.2 Vulnerabilidade

O consumidor pode ser definido não apenas quanto a si mesmo, mas por oposição a alguém. Do mesmo modo que o conceito de trabalhador é contrastado ao de empregador, o vocábulo consumidor pode se oposto ao termo produtor.³⁶

O CDC esclarece o sentido de consumidor em seu art. 2º e art. 17,³⁷ pelo qual, consumidor é qualquer pessoa, física ou jurídica que, em uma relação de consumo, adquire bens ou contrata uma prestação de serviços, como destinatário final, para o atendimento de uma necessidade própria.³⁸ Já o significado de fornecedor, como já destacado, encontra-se está exposto no art. 3º, do CDC.³⁹

Ao utilizar a expressão *destinatário final* como indicativa daquela pessoa que utiliza produto ou serviço adquirido no mercado de consumo, o Código de Defesa do Consumidor deu azo⁴⁰ à discussão sobre o alcance das normas protetivas.⁴¹

A publicidade, na maioria das vezes, tem como objetivo bombardear o consumidor com produtos e/ou serviços dos mais diferentes tipos, modelos e funções, além de produzidos em grande escala, sem ao menos ter o cuidado de esclarecer do que se trata e qual sua finalidade.

³⁶ BENJAMIM, Antônio Herman. **O conceito jurídico de consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 628, fev. 1988. p. 72.

³⁷ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final; Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 10-09-2010.

³⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p.28.

³⁹ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 10-09-2010.

⁴⁰ Cf: Azo, s.m. Ensejo; pretexto; ocasião. BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa** / Francisco da Silveira Bueno, ed. ver. e atual. Por Helena Bonito C. Pereira, Rena Signer. São Paulo: FTD: LISA, 1996.p. 88.

⁴¹ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **O Direito do Consumidor: Fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial**/ José Carlos Maldonado de Carvalho. Rio de Janeiro: Destaque, 2002. p. 15.

A indução desenfreada ao consumo é tamanha que produtos são criados com a finalidade de induzir o consumidor a comprá-los, pelo mero deleite da detenção daquele, transformando o que seria necessário em supérfluo.

Não se trata de qualquer prognóstico futurista, mas da realidade, motivo pelo qual o consumidor, por este primeiro aspecto, é considerado vulnerável, ou seja, pode ser facilmente atacado na sua livre manifestação de vontade, relativamente à escolha das suas prioridades e necessidades, cabendo à lei defendê-lo, sempre com o objetivo de fazer valer o princípio da igualdade.⁴²

A vulnerabilidade, conforme consta do Código de Defesa do Consumidor, não se submete ao critério da razoabilidade para ser identificada no caso concreto, uma vez que o legislador presumiu *iure et de iure* a sua existência em uma relação de consumo, fixando que o destinatário final de produtos e serviços é parte que precisa ser amparada de forma mais favorável pela legislação (art. 4º, I, da Lei 8.078/90).⁴³

A gama de informações fornecidas a respeito dos produtos lançados no mercado ou até mesmo aqueles que ainda não passaram de especulação, são de natureza imprecisa, bloqueando a liberdade de uma escolha consciente e segura.

Acrescente-se que há situações fáticas, inerentes ao mercado, nas quais a superioridade de uma das partes não decorre necessariamente do fato de ser pessoa jurídica, possuir maior conhecimento técnico ou poder econômico, e sim do exercício em si de determinada atividade, como realização de publicidades, tratamento de dados pessoais, concessão de mútuo feneratício. Nestes casos, é antes de tudo, a natureza da atividade, e não as características do sujeito, que é determinante para compreender a fragilidade.⁴⁴

⁴² BONATTO, Cláudio. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos/** Cláudio Bonatto, Paulo Valério Dal Pai Moraes. 2. ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 43.

⁴³ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo.** São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2001. p. 85.

⁴⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo** / Leonardo Roscoe Bessa; pref. Gustavo Tepedino; apres. Cláudia Lima Marques. – Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p. 32.

Em outras partes do mundo, é da alçada da doutrina e da jurisprudência a responsabilidade pela árdua tarefa de definir juridicamente o que seria o consumidor.

Na América do Norte, mais precisamente nos Estados Unidos, a definição de consumidor é variável de conformidade com a área regulada. Cada lei – quando entende necessário conceituar – define consumidor nos limites e no contexto da área coberta por ela.⁴⁵

É por existir no mercado atividades que apontam visível descompasso entre as partes da chamada relação de consumo, de onde brota a fragilidade do consumidor, que se faz necessária sua defesa mediante proteção jurisdicional prestada pelo Estado.

Sendo o consumidor aquele que não dispõe dos meios de produção, obrigando-o, por essa razão, a submeter-se ao poder daqueles que os detém, fica fácil a visualização indubitável de que é a parte mais fraca da relação. Assim, tem o consumidor o reconhecimento expresso de que é vulnerável, de que não pode ser tratado em pé de igualdade com o detentor dos meios de produção, simplesmente porque a estes se submete.⁴⁶ O CDC reconhece como vulnerável o consumidor, conforme expresso em seu art. 4º.⁴⁷

O princípio da vulnerabilidade representa a peça fundamental no mosaico jurídico que se denomina Direito do Consumidor. É lícito até dizer que a vulnerabilidade é ponto de partida de toda a Teoria Geral dessa nova disciplina jurídica, para não falar da própria representação, em maior escala, do modelo legal do *Welfare State*. A compreensão do princípio, assim, é pressuposto para o correto

⁴⁵ BENJAMIM, Antônio Herman. **O conceito jurídico de consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 628, fev. 1988. p. 76.

⁴⁶ TALAVERA, Glauber Moreno. **Relações de consumo no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2001. p. 126.

⁴⁷ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 10-09-2010.

conhecimento do Direito do Consumidor e para a aplicação da lei, qualquer lei, que se proponha a salvaguardar o consumidor.⁴⁸

Indaga Carlos Alberto de Salles:

Se o Código de Defesa do Consumidor constituiria uma disciplina geral para o mercado, abrangendo toda atividade negocial que nele se desenvolve, ou apenas aquelas relações jurídicas caracterizadas pela presença de um sujeito qualificado por sua vulnerabilidade?⁴⁹

A controvérsia, a respeito da definição e do campo de atuação do Código, pode ser assim resumida: de um lado aqueles que entendem que a expressão destinatário final deve ser interpretada de maneira restrita (corrente finalista ou minimalista); de outro, os que sustentam que as normas protetivas devem ser aplicadas para todos que possam vir a ocupar os papéis para os quais foram legitimados, ou seja, ora como fornecedores, ora como consumidores (teoria maximalista ou teoria da causa final). [...] Para a corrente finalista, ou minimalista, as regras consumeristas devem proteger apenas o economicamente mais fraco, por ser a parte vulnerável nas relações contratuais de consumo, excluindo-se, portanto, as pessoas jurídicas.⁵⁰

Segundo Cláudia Lima Marques, a definição do art. 2º-CDC deve ser em conformidade com o art. 4º, I- CDC, com a inclusão, portanto, da vulnerabilidade no conceito de consumidor.⁵¹ Logo, exclusivamente o consumidor não profissional estaria no rol onde define:

Que poderia ser estendida episodicamente aos profissionais, desde que este esteja colocado sob uma posição de subordinação em relação ao fornecedor, ou seja, em situação vulnerável.⁵²

Já para os maximalistas, as regras protetivas devem ser aplicadas de forma mais ampla, compreendendo as pessoas físicas e jurídicas.⁵³

⁴⁸ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **O Código de Defesa do Consumidor: princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 10.

⁴⁹ SALLES, Carlos Alberto de. **O Direito do Consumidor e suas influências sobre os mecanismos de regulação do mercado**. Revista de Direito do Consumidor, n.º 17, janeiro/março 1996, p. 91.

⁵⁰ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **O Direito do Consumidor: Fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial**/ José Carlos Maldonado de Carvalho. Rio de Janeiro: Destaque, 2002. p.16.

⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1992, p. 67.

⁵² SALLES, Carlos Alberto de. **O Direito do Consumidor e suas influências sobre os mecanismos de regulação do mercado**. Revista de Direito do Consumidor, n.º 17, janeiro/março 1996, p. 92.

Para a Ministra Nancy Andrighi, esse reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado é o princípio moral da política nacional das relações de consumo. Foi relatora do Resp. 476.428 – SC, no qual, em seu voto, encontra-se a seguinte passagem:

Em relação a esse componente informador do subsistema das relações de consumo, inclusive, não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão-somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extrema necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores. Por isso mesmo, ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo, isto é, a relação formada entre fornecedor e consumidor vulnerável, presumidamente ou não.⁵⁴

Na mesma linha de entendimento, a encontra-se o Resp. 661.145, de relatoria do Min. Jorge Scartezzini, julgado em 22-02-2005, do qual se transcreve o seguinte trecho:

Com vistas, porém, ao esgotamento da questão, cumpre consignar a existência de certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente e desde que demonstrada *in concreto* a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor a determinados consumidores profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais. Quer dizer, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas, como exceção, e à vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor.⁵⁵

⁵³ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **O Direito do Consumidor: Fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial**/ José Carlos Maldonado de Carvalho. Rio de Janeiro: Destaque, 2002. p.16.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 476.428 – SC. Terceira Turma. Ministra Nancy Andrighi, Julgado em 19-4-2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=542170&sReg=200201456245&sData=20050509&formato=PDF> Acesso em: 08-09-2010.

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 661.145. Quarta Turma. Ministro Jorge Scartezzini, julgado em 22-02-2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=528257&sReg=200400662207&sData=20050328&formato=PDF> Acesso em: 08-09-2010.

Na concepção de Cláudia Lima Marques, a vulnerabilidade é subdividida em 4 (quatro) espécies, quais sejam, técnica, jurídica e informacional.

A primeira é dada como o desconhecimento do consumidor perante a descrição do produto ou serviço que está incorporando, gerando dificuldade na escolha.

Para Cláudia Lima Marques, a vulnerabilidade jurídica “é a falta de conhecimentos jurídicos específicos [...]”⁵⁶. É de certa forma, a estrutura jurídica superior detida pelo fornecedor nas disputas judiciais.

A terceira espécie de vulnerabilidade é a fática que, por sua vez, decorre do poderio econômico controlado pelo fornecedor, advindo de monopolização ou por conta da essencialidade de alguns serviços.

A última, contudo não menos importante, a vulnerabilidade informacional, na qual se detectam características de extrema importância além de necessárias para lançar num mercado rápido e objetivo, quais sejam, aparência e comunicação. [...] Hoje, porém, a informação não falta, ela é abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, nos mais das vezes, desnecessária.⁵⁷

Para Paulo Valério Dal Pai de Moraes:

A vulnerabilidade psíquica faz do consumidor um escravo de desejos criados por modernos recursos de propaganda. Os interessados na sua estimulação se valerão de todas as técnicas para aflorar necessidades, criar desejos, manipular manifestações de vontade e, assim, gerar indefinidas circunstâncias que poderão ter como resultado o maior consumo e, em grau perverso, inclusive obrigar ao consumo de produtos ou serviços inadequados.⁵⁸

A chamada necessidade real de consumo é praticamente deixada em segundo plano, tendo em vista que o consumidor adquire produtos e serviços muito mais por conta de serem instigados a isso.

⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 329.

⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 322-323.

⁵⁸ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **O Código de Defesa do Consumidor: princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 152.

Ninguém discute hoje mais por que o consumidor foi o único agente econômico a merecer inclusão no rol dos direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal. Trata-se de uma necessária concretização do princípio da igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mais fraco.⁵⁹

É justamente a incontestável vulnerabilidade do consumidor que enseja nas sociedades de consumo um movimento de política jurídica colimando correção jurídica que minimize a disparidade evidenciada no grosso das relações de consumo.⁶⁰

Veja-se que a vulnerabilidade do consumidor não se confunde com hipossuficiência. Enquanto esta é traço marcante e individual de alguns consumidores, particularmente considerados, aquela é geral e engloba todos os consumidores indistintamente.⁶¹ A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade, mas nunca a todos os consumidores.⁶²

De todo o exposto acima, observa-se que o direito do consumidor seguiu uma evolução histórica em consonância com a evolução social e, principalmente, com a necessidade do homem em se agrupar e de produzir e trocar bens de consumo, assim desde os primeiros mercados até hoje, o direito do consumidor segue de forma tênue seu desenvolvimento em consonância com os ditames referentes à hipossuficiência do consumidor diante das ofertas dos

⁵⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 384.

⁶⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. **Código do Consumidor Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 44.

⁶¹ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**/ Paulo Roberto Roque Antonio Khouri. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 35.

⁶² FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 27.

mercados.⁶³ Deste modo, “a vulnerabilidade seria, então, conceito de direito material, enquanto a hipossuficiência relaciona-se com o direito processual”.⁶⁴

Por todos estes fatos, bastante evidentes, é que o consumidor é considerado naturalmente vulnerável, não sendo compreensível, como alguns ainda insistem em não reconhecer a legitimidade dos entes coletivos para sua tutela, somente podendo ser atribuída conduta neste sentido à não-constatação de que os tempos mudaram, e mudaram muito, ou ao fato de que defendem interesses específicos, que não se coadunam⁶⁵ com o princípio maior da igualdade.⁶⁶

O somatório dessas espécies de vulnerabilidade no mercado de consumo é primordial para solucionar da melhor forma os conflitos de interesse e substancialmente zelar pela melhor interpretação da inteligência dos dispositivos do CDC, conforme busca esclarecer ainda melhor o presente trabalho, na referente vulnerabilidade do consumidor perante o transportador aéreo e suas responsabilidades.

1.3 Proteção contra limite de indenização

Conforme redação do artigo 944 do Código Civil Brasileiro de 2002, a indenização mede-se pela extensão do dano⁶⁷. Desta forma, não existe a possibilidade em tarifar a indenização tendo em vista que sua quantificação é

⁶³ ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. **História e evolução do Direito do Consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2645, 28 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17500>>. Acesso em: 27-10-2010.

⁶⁴ BONATTO, Cláudio. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos/** Cláudio Bonatto, Paulo Valério Dal Pai Moraes. 2. ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p.46.

⁶⁵ Cf: Coadunar, v.t. Juntar, unir para formar um todo; p. conformar-se. BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa** / Francisco da Silveira Bueno, ed. ver. e atual. Por Helena Bonito C. Pereira, Rena Signer. São Paulo: FTD: LISA, 1996. p.143.

⁶⁶ BONATTO, Cláudio. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos/** Cláudio Bonatto, Paulo Valério Dal Pai Moraes. 2. ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. pp. 45-46.

⁶⁷ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 16-09-2010.

medida pela extensão do dano cometido, prevendo que não seja superior tampouco inferior ao prejuízo imposto à vítima.

Porém, tanto no transporte internacional quanto no nacional, provado o transporte e provado o dano no decorrer do mesmo, o transportador é responsável e cabe a indenização.⁶⁸

Eduardo Alvim observa que:

Com efeito, se a defesa do consumidor é princípio constitucional, indaga-se se é concebível a existência de legislação, como é o caso da aeronáutica, situada no plano infraconstitucional, que limite a indenização devida ao consumidor, em hipóteses tão sérias como a morte, a tetos tidos e havidos como poucos expressivos? Parece-nos, ineludivelmente, que não.

O valor da indenização por danos materiais há de ser tal que possibilite a reabilitação integral do dano (emergente ou lucros cessantes), de forma que está proibido o tarifamento. E, no qual o *quantum* deve ser fixado, não há sequer como falar em tarifamento.⁶⁹

A responsabilização civil com fulcro no Código de Defesa do Consumidor é muito mais favorável ao usuário do que ao transportador, pois defende a inversão do ônus da prova. A responsabilidade é objetiva. Portanto, não há o que se perquirir da ocorrência ou não de culpa pelo transportador e se trata de uma responsabilidade ilimitada quanto ao valor da indenização, pois é adotado o princípio da reparação efetiva e integral, devendo ser indenizados os danos materiais e imateriais, ao contrário do que dispõe o Código Brasileiro de Aeronáutica que em sintonia com a legislação internacional, prevê uma indenização tarifada.⁷⁰

Nas palavras de Silvio Rodrigues a responsabilidade é um:

[...] princípio geral de direito, informador de toda a teoria da responsabilidade, encontrada no ordenamento jurídico de todos os

⁶⁸ ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A Legislação Aplicável ao Transporte Aéreo Internacional. **Revista Brasileira de Direito Aeroespacial**, n. 75, 1998. pp. 125-126.

⁶⁹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, **1956-Curso de direito do consumidor: com exercícios** / Rizzatto Nunes. – São Paulo: Saraiva, 2004. p. 135.

⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 326-327.

povos civilizados e sem o qual a vida social é inconcebível, é aquele que impõe, a quem causa dano a outrem, o dever de o reparar.⁷¹

Ressalta Sérgio Cavalieri Filho, destacando que o CDC é norma especial, conforme seguinte trecho:

Todavia, no Direito Brasileiro existe regra especial, posterior aos ditames da Convenção, que regula o transporte aéreo no segmento dos direitos do consumidor, agasalhando o sistema da indenização ampla, sem limitação. A regra limitativa é, [...] incompatível com o Direito Interno Brasileiro. E não existe mais fundamento técnico para justificar uma interpretação favorável ao sistema da limitação.⁷²

Para Simone Hegele Bolson, no tangente ao vício do serviço (inadequação x quantidade), enseja danos morais, conforme expressado no artigo 6º, VI- CDC:

O dano moral poderá advir dos vícios dos produtos ou serviços quando esses atingirem os direitos de personalidade do homem consumidor, conquanto a ocorrência de dano patrimonial seja a mais comum, justamente porque, a priori, os vícios dos produtos e serviços atingiram o bolso do consumidor (esfera econômica) [...]⁷³

Tem-se a caracterização do dano moral quando a pessoa vê seu íntimo abalado, quando lhe é causado algum tipo de aborrecimento, humilhação, vergonha etc. No caso específico dos contratos de transporte aéreo, há o dano moral quando o serviço não é prestado adequadamente, pois, mesmo não ocorrendo um acidente de consumo, ao agredir a expectativa legítima do consumidor, ele verá frustrado seu maior objetivo, ao realizar, por exemplo, uma viagem turística, que é o de lazer e diversão. Desse modo, deve o consumidor ser efetivamente reparado por danos morais sempre que houver vício ou defeito.⁷⁴

Nas palavras de Wilson de Melo Silva “dano moral é o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”.⁷⁵ Neste caminho, completa

⁷¹ RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. 1979, p. 13.

⁷² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2007. p.316.

⁷³ BOLSON, Simone Hegele. **Direito do Consumidor e o Dano Moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 25.

⁷⁴ FEUZ, Paulo Sérgio. **Direito do Consumidor nos Contratos de Turismo**: Código de defesa do consumidor aplicado ao turismo. Bauru, SP: Edipro, 2003, pp. 110-111.

⁷⁵ SILVA, Wilson de Melo. **O dano Moral e sua Reparação**, Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 13.

Carlos Alberto Bittar ao entender que “são morais os danos e atributos valorativos (virtudes) da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade [...]”⁷⁶

A interpretação das normas tem de evoluir de acordo com prescrito pela Constituição, não havendo sentido, portanto em manter os limites indenizatórios no mercado de transportes.⁷⁷

A prestação de serviço aéreo é contratual e tem obrigação de resultado. A responsabilidade do transportador é contratual e de resultado, isto é, obriga-se ele a conduzir passageiro, ou carga, ou bagagem, ao seu respectivo destino, incólumes, a tempo e hora conforme o contrato.⁷⁸

Contrato de transporte aéreo – consoante doutrina e jurisprudência majoritária – é de resultado, respondendo o fornecedor do serviço pelos “vícios de qualidade” que o tornem impróprio ao consumo ou lhes diminua o valor. Por isso, não se trata de obrigação aleatória, cabendo ao transportador, além da “obrigação de segurança”, a de “prestabilidade”, sob pena de ter o dever de indenizar, independentemente de qualquer discussão de culpa do contratante faltoso. Basta, assim, que o resultado, porque faltoso, não tenha sido alcançado.⁷⁹

Sem dano não há que se falar em responsabilidade civil. Zelmo Denari, ao comentar o § 1º, do art. 14, do CDC, afirma:

O serviço se presume defeituoso quando é mal apresentado ao público consumidor, (inc. I), quando sua fruição é capaz de suscitar riscos acima do nível de tempo, desde sua prestação, é de se supor que não ostente sinais de envelhecimento (III).⁸⁰

⁷⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais**, Revista dos Tribunais, SP, 1993, p. 24.

⁷⁷ MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nadia. **O novo direito internacional** – estudos em homenagem a Erik Jayme / Cláudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras – Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.859.

⁷⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **A Responsabilidade do Transportador Aéreo pelo Fato do Serviço e o Código de Defesa do Consumidor – Antinomia entre a norma do CDC e de leis especiais.** in Direito do Consumidor 3/155-197.

⁷⁹ MIRANDA JÚNIOR, Darcy Arruda. **Código do consumidor na jurisprudência: acórdãos na íntegra e ementas atualizadíssimas, completo índice de assuntos** / Darcy Arruda Miranda Júnior. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999. pp. 448-449.

⁸⁰ DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, 5. ed. Revista atualizada ampliada, Rio de Janeiro, Forense, 1998. p. 158.

O prestador do serviço aéreo não pode em hipótese alguma, ao contrário do que afirma James Marins, repartir os riscos de desenvolvimento⁸¹ com os consumidores, através de um preço mais elevado, alicerçado no risco de desenvolvimento, por ser uma volta ao sistema baseado na culpa, por estar utilizando o consumidor como rato de laboratório, bem como não se admite que a vítima do acidente de consumo arque sozinha com os prejuízos, ou fique sem indenização.⁸²

O serviço público prestado tem de ser adequado, seguro, eficiente e contínuo, quando essencial.⁸³ Do contrário, caso apresente inadequação, a doutrina de Bandeira de Mello⁸⁴ considera que se trata de *faute du service*,⁸⁵ pois o serviço não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado.

Nesses casos, para alguns doutrinadores,⁸⁶ a responsabilidade é subjetiva, com culpa presumida (*iure et iure*), pois só faz sentido responsabilizar se houve descumprimento que lhe impunha o dever legal de obstar o evento lesivo. Para outros, entretanto, a responsabilidade é objetiva.⁸⁷

⁸¹ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, pp. 127-138.

⁸² BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**, São Paulo, Saraiva, Coord. Oliveira, arts. 12 a 27, 1991, p.79.

⁸³ MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nadia. **O novo direito internacional** – estudos em homenagem a Erik Jayme / Cláudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras – Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 853.

⁸⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 11. ed. São Paulo, Malheiros, 1999, p. 605.

⁸⁵ Segundo o autor citado, a tradução mais adequada do termo, do francês ao português, é aquela em que signifique culpa e não falta. MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 11. ed. São Paulo, Malheiros, 1999, p. 606.

⁸⁶ MARQUES, Cláudia Lima, ARAÚJO, Nadia. O novo direito internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme / Cláudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras – Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 853, lista aqueles doutrinadores que entendem que a responsabilidade por *faute du service* é subjetiva, baseada em culpa presumida PASQUALOTO, Adalberto. “**Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor**”, in **Direito do Consumidor** 1/130-148; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**, São Paulo, Saraiva, Coord. Oliveira, 1991, arts. 12 a 27; MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 11. ed. São Paulo, Malheiros, 1999, p. 605. (grifo nosso)

⁸⁷ MARQUES, Cláudia Lima, ARAÚJO, Nadia. O novo direito internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme / Cláudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras – Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 853. Saliencia que em sentido contrário, entende-se que a responsabilidade é objetiva DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, 5. ed. Revista atualizada ampliada, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 179; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 3. ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 88; CAVALIERI, Sérgio Filho. Programa de Responsabilidade Civil, São Paulo, Malheiros, p. 214 a

Quanto ao dano, entende Maria Helena Diniz como a lesão, que suporta o lesado, de um bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral, decorrente de evento certo, contra a sua vontade.⁸⁸

O dano pode ocorrer na ordem patrimonial, qual seja, material, ou de ordem moral, que são os danos emergentes, aquilo que efetivamente se perdeu, e os lucros cessantes, tudo aquilo que se deixou de ganhar em razão do ato delituoso, seria um reflexo no futuro do ato praticado pelo réu sobre o patrimônio da vítima.⁸⁹

Por último, houve uma extensão quanto à densidade da reparação do dano, onde o infrator deverá responder até onde suportarem as forças de seu patrimônio, objetivando a plena e integral reparação do dano sofrido pelo lesado, restabelecendo assim o equilíbrio na relação.⁹⁰

Com a entrada em vigor do CDC, houve a derrogação dos dispositivos que tratam da responsabilidade limitada do transportador aéreo. Por serem empresas prestadoras de serviços públicos, estão sujeitas ao regime daquele Código, que determina a responsabilidade objetiva integral pelos danos causados⁹¹, conforme disposto no art. 22, *caput* e parágrafo único.⁹²

Serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código. – em sendo o sistema de responsabilidade adotado pelo CDC o da responsabilidade objetiva.⁹³

218; MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 417. (grifo nosso)

⁸⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 66.

⁸⁹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 130.

⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 14-15.

⁹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 235.

⁹² BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 19-09-2010.

⁹³ NERY JÚNIOR, Nelson. **Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor nº 03. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 1992.p. 44-77. “O

O regime de responsabilidade civil do transportador aéreo, de acordo com o exposto acima pode assim ser resumido: a responsabilidade será objetiva aos danos causados aos consumidores, tanto pelos acidentes de consumo, quanto pelos incidentes de consumo; a indenização será integral, independente se o ilícito é contratual ou extracontratual e, por último, há cumulatividade de danos morais e materiais.⁹⁴

Por ser objetiva a responsabilidade da empresa aérea, não há necessidade da prova da culpa, cabendo à vítima somente a comprovação do prejuízo suportado para reclamar a indenização, pois não é possível a responsabilização sem a prova do dano.⁹⁵

No entendimento de Paulo Henrique de Souza Freitas:

O transportador aéreo tem a obrigação legal de indenizar o passageiro pelo simples risco de sua atividade (responsabilidade objetiva), ou seja, terá o transportador de provar que o passageiro não fez reserva, que não compareceu no local e na hora determinada para embarque. Contudo, caberá ao passageiro o ônus da prova, quanto ao valor pretendido.⁹⁶

A responsabilidade é objetiva, pois prescinde não só da prova, como da própria discussão sobre a culpa. A responsabilidade legal imposta concentra-se

Código adotou a *teoria do risco da atividade* como postulado fundamental da responsabilidade civil ensejadora da indenização dos danos causados ao consumidor. A simples existência da atividade econômica no mercado, exercida pelo fornecedor, já o carrega com a obrigação de reparar o dano causado por essa mesma atividade. (...) Como o *sistema* do CDC, no que respeita à responsabilidade civil, é da responsabilidade objetiva, deve ser aplicado a toda e qualquer pretensão de indenizatória derivada da relação de consumo. Dizemos isso porque o ao intérprete apressado poderia parecer que o CDC teria apenas regulado a responsabilidade civil pelos acidentes de consumo (fato do produto ou do serviço), colocando-a sob o regime da responsabilidade objetiva, ao lado de regular, também as responsabilidades por vícios do produto ou do serviço, cuja norma reguladora (art. 18) parece indicar a responsabilidade subjetiva, porque não repetiu a locução 'independente de culpa' constante no art. 12." (grifo nosso)

⁹⁴ MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nadia. **O novo direito internacional** – estudos em homenagem a Erik Jayme / Cláudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras – Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 854.

⁹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Responsabilidade Civil á luz da jurisprudência**. São Paulo: Universitária, 1986. p. 141.

⁹⁶ FREITAS, Paulo Henrique de Souza. **Responsabilidade Civil no Direito Aeronáutico**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, pp. 169-170.

não somente na atividade de risco do fornecedor, mas, sim, principalmente, na existência do 'defeito' e no nexo causal entre o defeito e o dano.⁹⁷

Atenta-se à inteligência da Constituição Federal ao inovar o ordenamento jurídico ao destacar a possibilidade de indenização dos danos morais sofridos pelo ofendido.⁹⁸ Desta forma, entendimento ora pacificado no Superior Tribunal de Justiça explícito em súmula.⁹⁹

A cumulação da indenização referente a danos materiais combinada com danos morais em desfavor do transportador aéreo, ganhou força no Recurso Extraordinário no qual teve como relator o Min. Marco Aurélio, extraindo do texto a passagem:

O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República – incisos V e X do artigo 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil. (RE nº 172.720-9-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 6.2.96, DJ 21-2-1997).¹⁰⁰

Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano. Indenizar pela metade é

⁹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **A Responsabilidade do Transportador Aéreo pelo Fato do Serviço e o Código de Defesa do Consumidor** - Revista Direito do Consumidor nº 03, São Paulo, 1992. p. 185.

⁹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988. Art. 5º, V- é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 07-09-2010.

⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 37. "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato". (Súmula 37. Corte Especial, julgado em 12/03/1992, DJ 17/03/1992 p. 3172, REPDJ 19/03/1992 p. 3.201). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC1>> Acesso em: 08-9-2010.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 172.720-9-RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 6.2.96, DJ 21-2-1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=219795>>. Acesso em: 10-09-2010.

responsabilizar a vítima pelo resto (Daniel Pizzaro, in Daños, 1991) limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados.¹⁰¹

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspirasse no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *status quo ante*.¹⁰²

A limitação da responsabilidade do transportador aéreo teve sua razão de ser. Mas hoje não mais subsistem os mesmos fatores do começo do século. A atividade aeronáutica conta com um dos maiores avanços tecnológicos em termos de serviço, com empresas de transporte aéreo de grande vulto.¹⁰³

No caso do transporte aéreo, caracteriza-se como um contrato, este por sua vez é classificado como contrato de adesão, não podendo deixar com que as indenizações fossem desniveladas ou até mesmo injustas para suprir aquele dano, criando uma desarmonia.

A obrigação do transportador é de fim, não se encontra no meio empreendido. Não é suficiente que o transportador tome as medidas e cautelas necessárias para o bom sucesso do transporte, mas sim há uma obrigação pelo bom resultado, pelo êxito da obrigação.¹⁰⁴ Trata-se de contrato por meio do qual um sujeito (transportador) se obriga, freqüentemente (embora não necessariamente), por meio de contraprestação pecuniária, a transferir pessoas ou coisas de um lugar para outro.¹⁰⁵

¹⁰¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 13.

¹⁰² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 13.

¹⁰³ FARES, Ali Taleb. **Novo panorama da responsabilidade civil no transporte aéreo**. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br>>. Acesso em: 08-09-2010.

¹⁰⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Melheiros Editores, 2006. p. 212.

¹⁰⁵ MORSELLO, Marco Fábio. **Responsabilidade civil no transporte aéreo**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 91.

Assim, anseia-se para que as indenizações sejam integrais e proporcionais a cada caso e dano caracterizados, negando limitações, como expressos nos arts. 6º, VI, 25 e 51, I- CDC.¹⁰⁶

A responsabilidade do transportador aéreo será objetiva e não tarifada ou limitada, nos moldes da relação tipificada (de consumo), restando à alçada do Poder Judiciário decidir o *quantum indenizatório* em face da dimensão do dano ocorrido. Assim constatou-se nesse capítulo referente à proteção contra o limite de indenização.

Conclui-se que a limitação prévia do dever de indenizar nas denominadas relações de consumo, principalmente no âmbito dos danos à pessoa, infringe o princípio fundamental de defesa do consumidor, além de vulnerar o dever de proteção correlato, uma vez que o ressarcimento limitado, obstruidor de justa compensação à vítima, equivale a impor-lhe ônus advindos de dano a que não deu causa, de modo que a aceitação do referido *status quo* evidenciaria falta de proteção adequada, no rol de direitos do usuário de transporte.¹⁰⁷

¹⁰⁶ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores. Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I – impossibilitem, exonorem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 20-09-2010.

¹⁰⁷ MORSELLO, Marco Fábio. **Responsabilidade civil no transporte aéreo**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 404.

2 DIVERGÊNCIAS ENTRE O CDC E LEIS ESPECÍFICAS

Inicialmente, é importante o esclarecimento do que se trata a antinomia entre as normas. Antinomia nada mais é do que o conflito existente entre duas normas incompatíveis pertencentes a um mesmo ordenamento jurídico com uma mesma validade.¹⁰⁸

Norberto Bobbio define antinomia jurídica “como aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade”.¹⁰⁹ Este esforço para procurar novas soluções plurais está visando justamente evitar-se a “antinomia” (conflitos “pontuais” da convergência eventual e parcial do campo de aplicação de duas normas no caso concreto).¹¹⁰

Antinomia é a incompatibilidade entre princípios, normas ou valores jurídicos vigentes, que pertencem ao mesmo sistema jurídico, emanados por autoridades competentes, que tenham o mesmo âmbito de validade e se dirigem ao mesmo sujeito. A antinomia necessita ser superada para preservação do sistema e para dar efetividade aos axiomas por eles propugnados.¹¹¹

São quatro os requisitos necessários para se determinar a validade das normas em questão: especial, temporal, pessoal e material. Assim, existirá antinomia entre normas se estas estiverem dentro de um mesmo conjunto de preceitos, no mesmo tempo, além de coordenar de forma divergente entre eles a respeito de um mesmo conteúdo.

O transporte aéreo é um ponto no qual não se pode negar a existência da antinomia entre as normas especiais que o regem e o Código de

¹⁰⁸ SILVA, Wellington Vieira da. **Código de defesa do consumidor e responsabilidade civil no serviço de transporte aéreo**. Revista Universitas/jus. Brasília: Coleção Uniceub, 2001. p. 144.

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, 10. ed, Brasília, UnB, 1997, p. 88.

¹¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e código civil de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 13. Jul./set. 2004. p. 57.

¹¹¹ MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nadia. **O novo direito internacional** – estudos em homenagem a Erik Jayme / Cláudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras – Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.856.

Defesa do Consumidor- CDC, mais precisamente no tocante ao limite de indenização, conforme o assunto base do estudo em questão.

A inteligência do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil- LICC esclarece como solucionar o conflito.¹¹²

Ao avaliar a incompatibilidade entre as normas, deverá ser analisado o campo de incidência de ambas, pois caso haja conflito na aplicação material e subjetiva, ou seja, divergência no tratamento de uma mesma matéria e obrigando os mesmos sujeitos, apenas em parte, deverão ambas coexistir para que não sejam criadas lacunas na lei que permitam interpretações diversas das pretendidas pelo legislador.¹¹³

Se as normas não forem incompatíveis no seu todo, deve-se conviver cada qual resolvendo sua parte. Todavia, onde existir atrito, cabe ao intérprete optar por uma delas, com base doutrinária e entendimento jurisprudencial acerca do assunto, sem que haja tratamento diferente da pretensão do legislador.

A doutrina e a jurisprudência buscaram regras para que possa determinar a aplicabilidade de uma lei perante a outra, quais sejam, o cronológico, o hierárquico e a especialidade.

O cronológico resolve quanto ao tempo em que a lei foi criada, equiparando a posterioridade e anterioridade à outra, de modo que se presume que a lei posterior deverá prevalecer quanto à anterior, pois quando criada pelo legislador, esse já era sabedor da existência da anterior e assim optou por atualizar o entendimento do assunto.

¹¹²BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. §1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 12-11-2010.

¹¹³ SILVA, Wellington Vieira da. **Código de defesa do consumidor e responsabilidade civil no serviço de transporte aéreo**. Revista Universitas/jus. Brasília: Coleção Uniceub, 2001. p. 146.

O hierárquico esclarece sobre a hierarquia entre as normas dentro do mesmo ordenamento jurídico, no qual as normas superiores prevalecem em face das inferiores.

A terceira e última é o da especialidade das normas. Quando houver conflito entre normas gerais e especiais, a última prevalece sobre a primeira sempre que a matéria em questão for a mesma. Salientando ainda que, o sentido de especial pode ser dado àquela norma que abrange o assunto de outra, sendo mais minucioso.

O Ministro Eros Grau, em seu voto-vista no RE 361.730,¹¹⁴ utiliza a observação de Carlos Maximiliano, na qual expõe-se que:

Se existe antinomia entre a regra geral e a peculiar, específica, esta, no caso particular, tem a supremacia. Preferem-se as disposições que se relacionam mais direta e especialmente com o assunto de que se trata: *In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est* – ‘em toda disposição de Direito, o gênero é derogado pela espécie, e considera-se de importância preponderante o que respeita diretamente à espécie’.¹¹⁵

Tais regras devem ser analisadas para que se encontre a norma mais compatível para se aplicar à resolução de conflitos.

Só se pode dizer que dois ramos do direito estão, um em relação ao outro, em uma situação de direito comum para direito especial quando o âmbito do segundo se insere totalmente no âmbito maior do primeiro, só tendo como nota distintiva o acréscimo de alguns elementos específicos daquele. Somente se pode falar em um direito especial quando, se ele não existisse, todos os casos por ele abrangidos caíssem no âmbito do direito geral, para serem por ele regulados. Ora isto não acontece com o direito das relações de consumo e com o direito da

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: "O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor." (RE 351.750, Rel. p/ o ac. Min. Carlos Britto, julgamento em 17-3-2009, Primeira Turma, DJE de 25-9-2009). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603051>>. Acesso em 17-09-2010.

¹¹⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, 4. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1947, p. 169.

responsabilidade civil do transportador aéreo. A posição em que estes se encontram, um em relação ao outro, é a de dois direitos especiais [...] ¹¹⁶

As antinomias se diferenciam entre aparentes e reais. Nas aparentes há critérios solucionadores. Já quanto às antinomias reais, deverá o aplicador do direito recorrer aos princípios gerais do direito e aos valores predominantes da sociedade. ¹¹⁷

As antinomias aparentes possuem os seguintes critérios solucionadores: critério hierárquico, critério cronológico e o critério da especialidade.

Ademais, quando há conflito nos critérios solucionadores, tal ocorrência é classificada como antinomia de segundo grau, na qual a busca da solução é pelos seguintes caminhos, conforme dispõe Maria Helena Diniz: ¹¹⁸

1. Hierárquico e cronológico, hipótese em que sendo uma norma anterior-superior antinômica a uma posterior inferior, pelo critério hierárquico deve-se optar pela primeira e pelo cronológico, pela segunda; ¹¹⁹
2. De especialidade e cronológico, se houver uma norma anterior especial conflitante com uma posterior-geral; seria a primeira preferida pelo critério de especialidade e a segunda, pelo critério cronológico; ¹²⁰

¹¹⁶ NORONHA, Fernando. A Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo por Danos a Pessoas, Bagagens e cargas, **Revista Direito do Consumidor nº 44**. Ed.Revista dos Tribunais. Vol. 11. Out./dez. 2002. p. 169.

¹¹⁷ Maria Helena Diniz- aula ministrada no Mestrado da PUC-SP apud Christiane de Godoy Alves Iglesias, **O Contrato de Transporte Aéreo de Pessoas e a Responsabilidade do Transportador**, Dissertação de Mestrado PUC-SP, 2002.

¹¹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas** / Maria Helena Diniz. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 49.

¹¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas** / Maria Helena Diniz. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 50. “Na hipótese de haver conflito entre o hierárquico e o cronológico, a meta-regra *Lex posterior inferiori non derogat priori superiori* resolveria o problema, isto é, o critério cronológico não seria aplicável quando a lei posterior for inferior à anterior, pois de outro modo o critério hierárquico seria inoperante. Prevalecerá, portanto, o critério hierárquico, por ser mais forte que o cronológico, visto que a competência se apresenta mais sólida do que a sucessão no tempo, e, além disso, a aplicação do critério cronológico sofre uma limitação por não ser absoluta, já que esse critério só será válido para normas que se encontram no mesmo nível”.

¹²⁰ DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas** / Maria Helena Diniz. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 50. “Em caso de antinomia entre o critério de especialidade e o cronológico, valeria o metacritério *Lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo o qual a regra de especialidade prevaleceria sobre a cronológica. Esse metacritério é parcialmente inefetivo, por ser menos seguro que o anterior. A meta-regra *Lex posterior generalis non derogat priori speciali* não tem valor

3. Hierárquico e de especialidade, no caso de uma norma superior-geral ser antinômica a uma inferior-especial, em que prevalece a primeira, aplicando-se o critério hierárquico e a segunda, utilizando-se o da especialidade.¹²¹

Aprofundando mais no conflito entre o critério hierárquico e o da especialidade, Maria Helena Diniz dispõe:

Mas, na prática, a exigência de se adotarem as normas gerais de uma Constituição a situações novas levaria, às vezes, à aplicação de uma lei especial, ainda que ordinária, sobre a Constituição. A supremacia do critério de especialidade só se justificaria, nessa hipótese, a partir do mais alto princípio da justiça: *suum cuique tribuere*, baseado na interpretação de que “o que é igual deve ser tratado como igual e o que é diferente, de maneira diferente”. Esse princípio serviria numa certa medida para solucionar antinomia, tratando igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual, fazendo as diferenciações exigidas fática e valorativamente.¹²²

Juarez Freitas sugere, corretamente, que se deva buscar no princípio da hierarquização axiológica a solução para solver as antinomias de segundo grau, pois ele ordenará a prevalência do princípio axiologicamente superior, ou da norma axiologicamente superior, oferecendo uma exegese impeditiva de autocontradição do sistema conforme a Constituição e resguardando a unidade sintética dos seus múltiplos comandos.¹²³

Elucida Paulo Henrique de Souza Freitas a respeito do assunto:

[...] quanto à revogação expressa (*expressamente o declare*) isto não ocorreu, pois o art. 119 do CDC o faz de forma geral, ou seja,

absoluto, dado que, às vezes, *Lex posterior generalis derogat priori speciali*, tendo em vista certas circunstâncias presentes. A preferência entre um critério e outro não é evidente, pois se constata uma oscilação entre eles. Não há uma regra definida; conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério”.

¹²¹ DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas** / Maria Helena Diniz. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. pp. 50-51. “No conflito entre o critério hierárquico e o de especialidade, havendo uma norma superior-geral e outra inferior-especial, não será possível estabelecer uma meta-regra geral, preferindo o critério hierárquico ao da especialidade, ou vice-versa, sem contrariar a adaptabilidade do direito. Poder-se-á, então, proferir qualquer um dos critérios, não existindo, portanto, qualquer prevalência. Todavia, segundo Bobbio, dever-se-á optar, teoricamente, pelo hierárquico; uma lei constitucional geral deverá prevalecer sobre uma lei ordinária especial, pois se se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial pudesse derogar normas constitucionais, os princípios fundamentais do ordenamento jurídico estariam destinados a esvaziar-se, rapidamente de seu conteúdo (...)”.

¹²² DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas** / Maria Helena Diniz. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. pp. 50-51.

¹²³ FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito**. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 1997. p. 89.

revogam-se as disposições em contrário. [...] A incompatibilidade existente seria justamente a limitação da Convenção de Varsóvia/Haia e/ou Código Brasileiro de Aeronáutica, com a ilimitação do Código de Defesa do Consumidor. *Prima facie* parece-nos claro, a lei posterior revoga a anterior, e assim, o Código de Defesa do Consumidor (1990) teria revogado a Convenção de Varsóvia/Haia (Decreto n. 20.704, de 24.11.1931 e Decreto n. 56.463, de 15.6.1965), e/ou o Código Brasileiro de Aeronáutica (1986). Contudo, não é esse o critério correto a ser adotado, e sim, o da especificidade.¹²⁴

Nos casos de antinomias entre a Convenção de Varsóvia e o Código de Defesa do Consumidor, prevalece o Estatuto do Consumidor, pois o mesmo tem por escopo instrumentalizar o princípio constitucional da ordem econômica de defesa do consumidor previsto no art. 170, V.¹²⁵ Não há, outrossim, em qualquer dispositivo constitucional qualquer norma que indique que a limitação de responsabilidade deva preponderar.¹²⁶

O Tratado ou Convenção a ser agregado como Lei Ordinária, não pode opor aos preceitos constitucionais, pois conforme a hierarquia será subordinado à Constituição, esta, Lei Maior.¹²⁷

Verificada a incompatibilidade entre a Convenção de Varsóvia estabelecendo um teto indenizatório, e a Lei nº 8.078/90, que estabelece a plena indenização, passa-se a buscar a solução desta antinomia, através da interpretação sistemática.¹²⁸ O exegeta¹²⁹ deve buscar a solução no sistema jurídico, para

¹²⁴ FREITAS, Paulo Henrique de Souza. **Responsabilidade Civil no Direito Aeronáutico**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 153.

¹²⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V- defesa do consumidor. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 27-09-2010.

¹²⁶ MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nadia. **O novo direito internacional** – estudos em homenagem a Erik Jayme / Cláudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras – Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.859.

¹²⁷ De acordo com entendimento de Cláudia Lima Marques e de Almícar de Castro, o Brasil por tradição é Dualista, conforme arts. 49 e 84 da Constituição Federal.

¹²⁸ MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nadia. **O novo direito internacional** – estudos em homenagem a Erik Jayme / Cláudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras – Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 854.

¹²⁹ Cf: Exegeta, s. Pessoa que se dedica a exegese; Exegese, s.f. Comentário para esclarecimento ou interpretação de um texto ou de uma palavra. BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa** / Francisco da Silveira Bueno, ed. ver. e atual. Por Helena Bonito C. Pereira, Rena Signer. São Paulo: FTD: LISA, 1996. p. 280.

solucionar este antinomia. E sistema pressupõe uma ordem e uma hierarquia entre os entes que o compõem.¹³⁰

O sistema jurídico deve ser visto de modo aberto, porquanto nele os enunciados jurídicos, intencionalmente ou não, possuem sentido indefinido.¹³¹

As contradições vão sempre existir, bem como, as lacunas. Para solver as antinomias e as lacunas recorre-se ao sistema jurídico e uma interpretação sistemática.¹³²

2.1 Superior Tribunal de Justiça- STJ

É pacificado no Egrégio Tribunal de Justiça, a impossibilidade de limitação de indenizações referentes ao transporte aéreo.

O Ministro Ruy Rosado Aguiar expõe:

Ainda que fosse admitir a legitimidade da restrição indenizatória, necessariamente devo aplicar a regra com limitação e a restrição que decorrem de sua própria existência, isto é, os riscos que são inerentes ao transporte aéreo os quais seriam compartilhados entre transportador e usuário. Fora daí, aplica-se a regra geral. [...] Inexiste, dentro do sistema jurídico e da lógica, qualquer razão para privilegiar o transportador aéreo, beneficiando-o com tarifas reduzidas pelo mau serviço prestado em terra, na atividade comum de qualquer transportador. Essa desigualdade ofende o bom senso.¹³³

O Superior Tribunal de Justiça- STJ esmiuçou a possibilidade de indenização tarifada, também chamada de limitada, encontrada tanto no Código

¹³⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, 10. ed, Brasília, UnB, 1997, p. 71.

¹³¹ FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito**. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 1997. p. 42 e 43.

¹³² MARQUES, Cláudia Lima, ARAÚJO, Nadia. **O novo direito internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme / Cláudia Lima Marques, Nadia de Araújo**, organizadoras – Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 854.

¹³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 171.506/SP. Quarta Turma. Relator: Ruy Rosado Aguiar. Julgamento: 21-09-200. DJ 05-03-2001. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=63950&nreg=199800265082&dt=20010305&formato=PDF>>. Acesso em 16-09-2010.

Brasileiro da Aeronáutica- CBA quanto na redação da Convenção de Varsóvia, onde houve divergência com os arts. 6º, VI, 24, 25 e 51, I do Código de Defesa do Consumidor, que prioriza a indenização integral. Predominou-se, nessa alçada, a utilização do CDC.¹³⁴

No mesmo sentido o Ministro Costa Leite do STJ, em seu voto, no REsp nº169.000/RJ, DJ 14/08/2000, afirma que:

[...] uma vez editada lei específica, em atenção à Constituição (art. 5º, XXXII), destinada a tutelar os direitos do consumidor e mostrando-se irrecusável o reconhecimento da existência da relação de consumo na espécie, suas disposições devem prevalecer.

Seguindo essa linha de entendimento, o Superior Tribunal de Justiça- STJ decide:

Responsabilidade Civil. Transportador. Limitação de Indenização. Código de Defesa do Consumidor. Convenção de Varsóvia. Editada lei específica, em atenção à Constituição (Art. 5º, XXXII), destinada a tutelar os direitos do consumidor, e mostrando-se irrecusável o reconhecimento da existência de relação de consumo, suas disposições devem prevalecer. Havendo antinomia, o previsto em tratado perde eficácia, prevalecendo a lei interna posterior que se revela com ele incompatível. Recurso conhecido e não provido.¹³⁵

¹³⁴ Atualmente, a proteção contra limite de indenização encontra-se pacificada no STJ, conforme alguns julgados neste ponto específico: a) “Ação de Indenização. Acidente aéreo. Vôo doméstico. Morte de passageiros. Danos pessoais. Recibo de quitação. Seguro obrigatório. Danos morais. (...) II. A garantia de reparação de dano moral tem estrutura constitucional. Assim, a aplicação de indenização tarifada prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica se refere a danos materiais, não excluindo aquela relativa a danos morais. Ademais, esta Corte também tem admitido a indenização por danos morais e afastando a limitação de tarifa prevista no Código Brasileiro do Ar, tendo em vista o disposto no Código de Defesa do Consumidor” (REsp 245.465, Rel. Min. Pádua Ribeiro, j. 24-05-2005, DJU 20-06-2005) Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=552981&sReg=200000041840&sData=20050905&formato=PDF> Acesso em: 20-9-2010; b) “É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a responsabilidade civil do transportador aéreo pelo extravio de bagagem ou de carga rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor, se o evento se deu em sua vigência, afastando-se a indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia” (AgRg no Ag 827.374/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 04-09-2008, DJU 23-09-2008) Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=814708&sReg=200602175610&sData=20080923&formato=PDF>. Acesso em: 20-9-2010.

¹³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 169.000-RJ. Terceira Turma. Relator: Min. Paulo Costa Leite, Recurso Especial (1999/0022178-6). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199800221786&dt_publicacao=14-08-2000&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 20-9-2010.

No atual entendimento do STJ no tocante ao tema, pode-se firmar em decisões como a proferida pelo Ministro Aldir Passarinho no REsp 316.280/SP, onde destaca:

O entendimento hoje assente no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que após o advento do Código de Defesa do Consumidor, não mais prevalecem quer o Código Brasileiro de Aeronáutica, quer a Convenção de Varsóvia, no que tange à tarificação indenizatória, pela perda de mercadorias e/ou bagagem desaparecida no trajeto.¹³⁶

Na mesma alçada, encontra-se ementa do EREsp 269.353/SP, proferida pelo Ministro Castro Filho:

TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL - EXTRAVIO DE CARGA - INDENIZAÇÃO INTEGRAL - CDC.

I - A responsabilidade civil do transportador aéreo pelo extravio de bagagem ou de carga rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor, se o evento se deu em sua vigência, afastando-se a indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia.

II - Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado (Súmula 168/STJ). Não conheço dos embargos.¹³⁷

Desta forma, o CDC exclui qualquer meio que possa vir a limitar, ou ainda tarifar a indenização cabível ao consumidor decorrente de prestação de serviço defeituosa, como previsto nas leis especiais que tratam do transporte aéreo. O consumidor tem direito a reparação integral pelo dano suportado e o fornecedor tem o dever de indenizá-lo na medida do dano causado. Não há um patamar-limite indenizável.¹³⁸ É desta forma, que abrange o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 300.190/RJ¹³⁹ e no Resp. 552.553/RJ¹⁴⁰.

¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp. 316.280/SP. Relator: Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 06 fev. 2003. DJ de 07.04.2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=392573&sReg=200100392873&sData=20030407&formato=PDF>. Acesso em: 25-9-2010.

¹³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. EREsp. 269.353/SP. Relator: Castro Filho. Brasília, DF, 24 abr. 2002. DJ de 17.06.2002. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=8493&nreg=20010121396&dt=20020617&formato=PDF>>. Acesso em: 25-9-2010.

¹³⁸ SILVA, Wellington Vieira da. **Código de defesa do consumidor e responsabilidade civil no serviço de transporte aéreo**. Revista Universitas/jus. Brasília: Coleção Uniceub, 2001. p.143.

¹³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 300.190/RJ. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF, 24 de abr.2001. DJ de 18-03-2002. Responsabilidade civil. Transporte aéreo. Extravio de bagagem. Inaplicabilidade da Convenção de Varsóvia. Relação de consumo. Código de Defesa do Consumidor. Indenização ampla. Danos materiais e morais. Orientação do Tribunal. Pagamento de bolsa de estudos. Dano incerto e eventual. Aprovação

2.2 Supremo Tribunal Federal- STF

Abordando o tema a respeito do transporte aéreo e a impossibilidade de limitação na indenização, percebeu-se que no decorrer dos anos o assunto foi se expandindo e criando novas lacunas, com o aprimoramento e melhor interpretação sobre o tema com os casos concretos analisados, fizeram com que o assunto chegasse à última instância para que assim fossem sanados os conflitos de entendimento.

Assim, o objeto de análise é concretizado no Recurso Extraordinário 351.750-3/RJ, julgado pela Primeira Turma em 17-03-2009 e publicado no DJ em 25-09-2009, inicialmente o Relator originário foi o Min. Marco Aurélio, posteriormente o Relator para o acórdão foi o Min. Carlos Ayres Britto.

Trata-se de uma ação indenizatória movida por uma consumidora contra empresa transportadora aérea brasileira por atraso ocorrido em voo internacional. Com êxito, a Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro, proferiu sentença a favor da requerente, conforme a seguinte decisão:

Os transtornos decorrentes de prestação de serviço de transporte por parte de empresa aérea que negligencia o atendimento de seus

incerta. Exclusão da indenização. Recurso acolhido parcialmente. Maioria. I – Nos casos de extravio de bagagem ocorrido durante o transporte aéreo, há relação de consumo entre as partes, devendo a reparação, assim, ser integral, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, e não mais limitada pela legislação especial. II - Por se tratar de dano incerto e eventual, fica excluída da indenização por danos materiais a parcela correspondente ao valor da bolsa que o recorrido teria se tivesse sido aprovado no exame para freqüentar o curso de mestrado. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=22969&nreg=200100055230&dt=20020318&formato=PDF>>. Acesso em: 16-10-2010.

¹⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Resp. 552.553/RJ. Relator: Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 12 dez. 2005. DJ de 1º-02-2006. Civil. Transporte aéreo. Carga. Mercadoria. Extravio. Transportador. Indenização integral. CDC. Aplicação. Convenção de Varsóvia. Afastamento. 1 - A jurisprudência pacífica da Segunda Seção é no sentido de que o transportador aéreo, seja em viagem nacional ou internacional, responde (indenização integral) pelo extravio de bagagens e cargas, ainda que ausente acidente aéreo, mediante aplicação do Código de Defesa do Consumidor, desde que o evento tenha ocorrido na sua vigência, conforme sucede na espécie. Fica, portanto, afastada a incidência da Convenção de Varsóvia e, por via de consequência, a indenização tarifada. 2 - Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a sentença. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=599378&sReg=200301093123&sData=20060201&formato=PDF>. Acesso em: 16-10-2010.

passageiros, causando-lhes desconforto, configuram evidente defeito na prestação do serviço, cabendo indenização. Dano moral fixado em quarenta salários mínimos, valor razoável diante das circunstâncias do caso concreto. Sentença mantida.

Por terem sido substanciais os fundamentos supracitados, a referida Turma Recursal não acolheu os embargos de declaração, motivo pelo qual interpôs o Recurso Extraordinário em foco, tendo como pilar da alegação as alíneas “a” e “b” do artigo 102, inciso III, da Constituição Federal de 1988.¹⁴¹

Em seguida, a recorrente afirma que houve infração dos arts. 5º, XXXV, 93, IX, 22, I, 84, VIII e 178, todos da CF.¹⁴² Declara ainda uma suposta inconstitucionalidade da Convenção de Varsóvia, dos Protocolos da Haia e de Montreal, e da Lei 7.565/86, motivos embasadores do recurso conforme disposto no art. 102, III, “b” da CF.¹⁴³

Em contrapartida, a recorrida assegurou que a divergência processual devesse ser resolvida à luz do Código de Defesa do Consumidor, considerando decisão na sentença e confirmação pela Turma Recursal, neste caso,

¹⁴¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 15-01-2011.

¹⁴² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 15-01-2011.

¹⁴³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 18-01-2011.

conforme abordado em seu art. 14.¹⁴⁴ Desta forma, afasta-se os caminhos apontados pela recorrente.

Chegando ao Supremo Tribunal Federal- STF, o tema em foco foi designado à relatoria original do Ministro Marco Aurélio. Ocorre que seu voto emperrou em parâmetros processuais, posicionando-se pelo não conhecimento do recurso extraordinário alegando que “o decidido repousa em interpretação do Código de Defesa do Consumidor”.

Após o voto, desencadeou um debate prolongado entre o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Sepúlveda Pertence, quanto à hipótese de prequestionamento quanto à matéria do recurso extraordinário. Desta forma, a maioria dos Ministros da Primeira Turma votou pela análise do recurso, vencido, assim, o Min. Marco Aurélio.

Em extrato da ata, “vencido o Min. Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso a fim de devolver à Turma recursal os embargos de declaração para que, de novo, se pronunciasse sobre a questão constitucional suscitada. No mérito, após o voto do Ministro-Relator não conhecendo do recurso extraordinário, pediu vista do processo o Min. Eros Grau [...]”

O primeiro dos Ministros a votar foi o Min. Eros Grau, no qual seu voto focou-se na distinção entre lei geral e lei especial. Apontou que:

Sua função sistêmica é evidente: o texto normativo especial – vale dizer, voltado à disciplina de determinada e individualizada situação – deve prevalecer sobre a regra geral, cuja hipótese normativa abrange situações concretas não marcadas pela peculiaridade tomada como relevante pela norma especial.

[...]

Norma geral e norma especial não são geral e especial em si e por si, mas sempre relativamente a outras. Assim uma norma que é geral em relação à outra, pode ser tida como especial em face de uma terceira.

¹⁴⁴BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 20-01-2011.

Utilizando da vigente Lei de Introdução ao Código Civil- LICC, enfatizou:

Quem está a par de outrem convive com o outro, assim como algo que está a par de outra coisa coexiste com a outra coisa. Estar a par, pois, é conviver, coexistir. A significação da expressão disposições gerais ou especiais a par das já existentes, no § 2º, do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, portanto, é a seguinte: disposições gerais ou especiais que coexistem com outras disposições gerais ou especiais.

Analisa, ainda, que:

Tratando-se de dois suportes fáticos diversos [um da regra geral outro da regra específica], não há contradição entre eles; uma situação fática subsumir-se-á a uma ou a outra hipótese normativa, jamais às duas, concomitantemente.

Observou, contudo, que “o Código do Consumidor não revogou expressamente, nem é incompatível com ela, nem regulou inteiramente a matéria de que tratam os preceitos considerados do Código Brasileiro de Aeronáutica e a que respeita a Convenção de Varsóvia”. Ressalta sobretudo que:

Não há incompatibilidade entre os textos normativos considerados, porque um é geral em relação ao outro: a primeira trata da defesa do consumidor [*compreensão* menor e *extensão* maior]; as segundas, da relação entre os agentes econômicos e seus clientes em *determinado* mercado [setor da economia], disciplinando, inclusive, aspectos atinentes a sua defesa enquanto consumidores. Assim, temos: uma lei geral, sobre a defesa dos consumidores e textos normativos específicos que encerram, entre outras, disposições sobre a defesa do consumidor em *determinado* mercado [setor da economia].

Por fim, conhece do recurso extraordinário dando-lhe provimento com intuito de “afastar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à espécie, devendo prevalecer a Convenção de Varsóvia, os protocolos da Haia e de Montreal e a Lei 7.565/86”.

O voto do Min. Eros Grau foi acompanhado por um breve debate bem como pelo pedido de vista feito pelo Min. Ayres Britto. Após a retomada do julgamento, o Ministro faz um breve relato da demanda, desde sua origem até o voto do Min. Eros Grau.

Enfatiza um ponto importante no decorrer da sua explanação do seu voto-vista, o fato de a “Constituição Federal, ao tratar do consumidor, a ele refere em seis oportunidades¹⁴⁵. Quatro delas de cunho nitidamente protetivo”.

Indicando o posicionamento de José Joaquim Gomes Canotilho, onde se encontra o entendimento:

Proibição do retrocesso social, visto que, uma vez obtido um determinado grau de realização dos direitos sociais e econômicos, passam eles a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.

Na sequência, o ministro reforça seu pensamento:

O consumidor não pode ser atingido por normas que lhe restrinjam conquistas asseguradas. É. Dizer: tendo o direito do consumidor status de princípio constitucional, não é dado a outras disposições legais restringir indenizações por mau uso do serviço.

Reporta ao inciso V do art. 170 da Constituição, “além de direito fundamental, é princípio geral de toda a atividade econômica”. Assim, refere o art. 175, § único, II, como “direito dos usuários”.

Antes de finalizar seu voto, o Min. Ayres Britto, confere um:

Plus protecional com intuito de homenagear aqueles traços que são próprios do direito que assiste aos consumidores: um direito fundamental e um princípio da atividade econômica, a se dotar de força irradiante; isto é, princípio que se irradia para a relação de

¹⁴⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: § 5º - A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.; Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: § 2º - O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços ao consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á: a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto; b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele; Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor; ADCT art. 48: O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 23-01-2011.

serviço público, mormente se prestado sob forma empresarial (ora pelo setor público, ora pela iniciativa privada).¹⁴⁶

Finaliza seu voto assim: “em recurso extraordinário, alegação de ofensa que, tendo origem em má interpretação, aplicação ou até em inobservância de normas infraconstitucionais, seria apenas indireta à Constituição da República”. Acompanhou o Min. Marco Aurélio e não conheceu do recurso.

Ao confirmar seu voto, o Min. Eros Grau justificou o motivo base do seu voto, ou seja, que “o usuário de serviço público não é consumidor”. Dando seguimento a um extenso debate com o Min. Ayres Britto.

O Min. Eros Grau estende seu entendimento assegurando que:

Trata-se de um mecanismo de modernização do modo de produção social e, na realidade, no campo do consumerismo aprimora-se a regra básica, que deixa de ser “*acumulai, acumulai*” e passa a ser “*consumi, consumi*”, para que possa haver maior acumulação de capital.

Reiterou a posição do seu voto no sentido de: “o usuário de serviço público, antes de ser agente econômico, sempre foi cidadão. Porque o agente econômico não é qualificado constitucionalmente antes da qualificação que se dá ao indivíduo como cidadão”. Concluiu mantendo seu voto.

Durante o decurso do debate, o Min. Cezar Peluso pediu a palavra para frisar que o Código Brasileiro de Aeronáutica e a Convenção de Varsóvia também possuem regras que defendam o consumidor:

Inclusive uma importantíssima, que exclui limitação da responsabilidade nos casos de dolo ou de culpa grave equiparável ao dolo. E ainda, alternativa de excluir, também, a limitação, quando o transportado declare, textualmente, todos os valores que transporte, tudo o que significa que os dois diplomas hospedam normas de defesa do consumidor. De modo que não se pode dizer

¹⁴⁶ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; Art. 6º São direitos básicos do consumidor: X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 24-01-2011.

que a aplicação do artigo 178 abstraia o campo de defesa do consumidor.

O Min. Cezar Peluso encerra o debate afirmando sua convicção a respeito do tema. Contudo pediu vista dos autos para “invocar outros argumentos”.

Em 2009, os Ministros retomam o julgamento e ratificam seus votos proferidos em 2005.

Ocorre que após leitura do seu voto-vista, o Min. Cezar Peluso votou também pelo não conhecimento do RE 351.750/RJ, abordando que:

[...] o acórdão recorrido não tratou de nenhum tema constitucional, senão que apenas aplicou o disposto no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor ao serviço prestado pela ora recorrente, mantendo a sentença condenatória, por concluir que a “indenização foi fixada em valor razoável” [...]

O Min. Cezar Peluso chama atenção para o fato de que se fosse aplicar o critério da *Lex specialis*, prevaleceria o CDC perante as demais leis regulamentadoras (Convenção de Varsóvia, Protocolos de Haia e Montreal), afirmando que o CDC detém “conjunto de normas denominadas ‘horizontais’, ou de ‘sobredireito’ [...], e cujo campo de aplicação justapõe-se, por assim dizer, ao de atuação de outras normas”.

Prosseguiu sua análise enfatizando ainda que o CDC:

Tem por escopo, não regradar determinada **matéria**, mas proteger certa categoria de **sujeito**, ainda que também protegido por outros regimes jurídicos (art. 7º). Daí, seu caráter especialíssimo. Enquanto as normas que compõem o chamado Direito Aeronáutico são especiais por força da modalidade de prestação de serviço, o Código é especial em razão do sujeito tutelado. (grifo do autor)

Na mesma esteira, citou Alberto do Amaral Júnior para firmar o seguinte entendimento:

E, como advém logo do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, há de, em caso de conflito aparente de normas,

preponderar o sistema direto protetivo da pessoa em dano do regime jurídico do serviço ou do produto.¹⁴⁷

Vale salientar que o tema em foco, qual seja, a indenização, não foi propriamente debatida pelos ministros tanto nos debates quanto nos seus votos.

É firme ao acreditar que esteja na Constituição Federal a “resposta direta à questão”. Cita Luiz Roberto Barroso o qual adota o caminho do “ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais”. Não podendo deixar de apontar o art. 5º e seus incisos V e X, nos abrangem o “princípio da indenizabilidade irrestrita”,¹⁴⁸ esclarecendo que “as indenizações por dano material e moral devem ser a estes proporcionais”.

Desmembrando ainda mais o tema central, o Min. Cezar Peluso destaca que não há definição constitucional assertiva a respeito do limite da indenização na esfera material tampouco na moral.

A vigente Constituição da República não contém de modo expresso, como exigiria a natureza da matéria, nem implícito, como se concede para argumentar, nenhuma **disposição restritiva** que, limitando o valor da indenização e o grau conseqüente da responsabilidade civil do ofensor, caracterizasse redução do alcance teórico da tutela. (grifo do autor)

A inteligência do dispositivo legal (art. 5º, V e X), é uma “norma garantidora”, por estar claramente vinculada a ser “de cunho irrestrito”.

O Min. Cezar Peluso pergunta se a “limitação absoluta não sacrificaria o **núcleo essencial** do direito fundamental restringido?” (grifo do autor)

Responde em seguida que “sim”:

¹⁴⁷ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A invalidade das cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de transporte aéreo**. Revista de direito do consumidor, n. 26, p. 9-17, abr./jun., 1998. p. 41.

¹⁴⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 25-01-2011.

O sacrificaria, porque, na sua vigência hipotética como instância legal redutora da responsabilidade civil, aniquilaria toda a função **satisfativa** que constitui o cerne mesmo justificador da indenização garantida pela norma de escalão supremo, a qual perderia a razão de ser, não se prestando a tutelar o direito subjetivo à incolumidade material e moral, pelo só fato de que o valor econômico do ressarcimento deixaria, em regra, de exprimir algum significado útil ao titular do mesmo direito. (grifo do autor)

O Min. Cezar Peluso enfrentou efetivamente o tema, concluindo com as doutrinas de Humberto Ávila, Carlos Roberto Siqueira Castro, Paulo Bonavides e Karl Larenz, tendo como extrato do texto:

[...] limitações prévias, que, despojadas de qualquer justificação lógica, desqualificam a importância estimativa da natureza, da gravidade e da repercussão dos danos, bem como dos outros ingredientes pessoais do arbitramento da compensação por danos morais [...], tornam nula, ou vã, a proteção constitucional do direito à inviolabilidade material e moral e sacrificam-no em concreto. São imposições **excessivas** e **arbitrárias**, que mal se afeiçoam à vertente substantiva do princípio do justo processo da lei [...], que, na visão desta Corte, 'atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável'.¹⁴⁹ (grifo do autor)

O Min. Cezar Peluso finaliza seu voto com a seguinte transcrição:

A defesa do consumidor, além de objeto de norma constitucional, é direito fundamental (art. 5º, XXXII), de modo que não pode ser restringida por regra subalterna, nem sequer por Emenda Constitucional, enquanto inserta em cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inc. IV). Donde, conquanto o art. 178 da Constituição da República determine a ordenação do transporte aéreo mediante lei, não pode esta limitar nem tampouco aniquilar, na prática, o princípio da defesa do consumidor, como o fazem os dispositivos do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) e da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional ("Convenção de Varsóvia"), com as modificações dos Protocolos da Haia e de Montreal (Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006), ao reduzirem, de maneira direta ou indireta, o âmbito de proteção do consumidor, com ofensa conseqüente ao art. 5º, inc. XXXII, da CF.

Em 17 de março de 2009, por maioria dos votos, a Primeira Turma não conheceu do recurso extraordinário, vencido o Ministro Eros Grau. O RE 351-750 foi concluído da seguinte forma:

¹⁴⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 133-137; BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 319; SIQUEIRA CASTRO, Carlos Alberto. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 141-193, 400 e segs.; LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 1. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, trad. de José de Souza e Brito e José Antonio Veloso, pp. 577-578.

EMENTA: Recurso Extraordinário. Danos morais decorrentes de atraso ocorrido em vôo internacional. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Matéria Infraconstitucional. Não conhecimento.

1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica.
2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicam retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor.
3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição da República.
4. Recurso não conhecido”.

É sabido, contudo, que a solução final adotada, qual seja, a de não conhecer o recurso extraordinário por força de uma ofensa somente “indireta” à Constituição, não afasta a possibilidade de decisões divergentes por parte de juízos e tribunais. De fato, por razões processuais, estes continuam com toda a liberdade para insistir na aplicação das normas limitadoras da indenização devida pelo transportador.¹⁵⁰

Ora, é isto mesmo que está acontecendo no âmbito da responsabilidade civil do transportador aéreo por danos a pessoas, bagagens e cargas: hoje é possível dizer que nesse domínio vigora uma regra obrigando à reparação integral de todos e quaisquer danos, sejam a pessoas ou a coisas, sejam patrimoniais ou extrapatrimoniais, que aconteçam dentro de relações de consumo.¹⁵¹

É de suma importância, fazer referência a uma recente decisão a respeito do tema abordado, desta vez, com Repercussão Geral, AgIn 762.184/RJ, Tribunal Pleno, Relator Min. Cezar Peluso, extrato da manifestação:

Tal questão não tem sido enfrentada de maneira uniforme pelas instâncias inferiores, principalmente nos juizados especiais. Além do

¹⁵⁰ CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do transportador na jurisprudência do STF. **Revista de Direito do Consumidor** n. 76, ed. Revista dos Tribunais. Vol. 19. Out./dez. 2010. pp.121-122.

¹⁵¹ NORONHA, Fernando. A Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo por Danos a Pessoas, Bagagens e cargas, **Revista Direito do Consumidor** nº 44. ed. Revista dos Tribunais. Vol. 11. Out./dez. 2002. p.183.

alcance que causa guarda em relação ao universo dos usuários da avaliação civil, a incerteza a respeito traz reflexo gravoso à segurança jurídica e que cumpre remediar, e, como tal, sua decisão definitiva transcenderá os limites subjetivos da causa, revestindo-se de repercussão geral, sobretudo porque ainda não a definiu a jurisprudência da Corte.¹⁵²

Espera-se, igualmente, que, no julgado a ser empreendido pelo Plenário, termine por prevalecer o entendimento da perda dos “fundamentos de validade” das normas limitadoras da reparação, afirmando-se, de forma definitiva o “princípio da indenizabilidade irrestrita”, ou, caso não se avance a este ponto, que pelo menos se reconheça a prevalência do Código de Defesa do Consumidor, o que decorre do *status* constitucional que deve ser reconhecido a este diploma.¹⁵³

Porquanto, em síntese do acórdão analisado no caso em epígrafe, há relação de consumo e não prevalece o disposto na Convenção de Varsóvia tampouco no Código de Aeronáutica Brasileiro, impossibilitando, dessa maneira, limitação quanto aos valores indenizatórios aos casos de reparação de danos no tangente ao transporte aéreo.¹⁵⁴

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgIn 762.184/RJ. Plenário. Tribunal Pleno, Relator Min. Cezar Peluso, julgamento em 22-10-2009, DJ de 18-12-2009. Ementa: Recurso. Extraordinário. Extravio de bagagem. Limitação de danos materiais e morais. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. Princípio constitucional da indenizabilidade irrestrita. Norma prevalecente. Relevância da questão. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a possibilidade de limitação, com fundamento na Convenção de Varsóvia, das indenizações de danos morais e materiais, decorrentes de extravio de bagagem. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607238>>. Acesso em: 16-03-2011.

¹⁵³ CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do transportador na jurisprudência do STF. **Revista de Direito do Consumidor n. 76**, ed. Revista dos Tribunais. Vol. 19. Out./dez. 2010. p. 122.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. 3. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2010. pp. 1.251, 1.252 e 1.271. Nos termos da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, “a indenização por danos morais, no transporte aéreo, merece reparação sem qualquer limitação”. Exemplos: Ementa: “O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor.” ([RE 351.750](#), Rel. p/ o ac. Min. Carlos Britto, julgamento em 17-3-2009, Primeira Turma, DJE de 25-9-2009).; Ementa: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor nos casos de indenização por danos morais e materiais por má prestação de serviço em transporte aéreo.” ([RE 575.803-AgR](#), Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 1ª-12-2009, Segunda Turma, DJE de 18-12-2009) **Vide:** [RE 351.750](#), Rel. p/ o ac. Min. Carlos Britto, julgamento em 17-3-2009, Primeira Turma, DJE de 25-9-2009).; Ementa: “Indenização – Danos material moral – Voo – Atraso e extravio de bagagem. Longe fica de implicar violência ao art. 178 da CF provimento em que reconhecido o direito da passageira à indenização por danos materiais e morais decorrentes de atraso de voo.” ([AI 198.380-AgR](#), Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 24-4-1998, Segunda Turma, DJ de 12-6-1998).; Ementa: “O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui

3 DIÁLOGO DAS FONTES

Diálogo pressupõe o efeito útil de dois (*dî*) e uma lógica ou falta (*logos*), enquanto o “conflito” leva a exclusão de uma das leis e bem expressa a mono-solução ou o “monólogo” de uma só lei.¹⁵⁵

Na discussão relativa às situações fáticas que ensejam a aplicação do CDC, é fundamental perceber que a incidência do diploma de proteção ao consumidor a determinado suporte fático não afasta, além de perspectiva constitucional, análise simultânea e harmoniosa com outras fontes legais.¹⁵⁶

Cláudia Lima Marques foi a responsável pela inserção da Teoria do Diálogo das Fontes no Brasil e idealizada pelo jurista germânico Erik Jayme. Parte-se do artigo “Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002”, de autoria da própria.

Assim, neste cenário:

[...] nos atuais tempos pós-modernos, a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do “*droit à la différence*” (direito a ser diferente e ser tratado diferentemente, sem necessidade mais de ser ‘igual’ aos outros) não mais permitem este tipo de clareza ou de ‘mono-solução’. A solução atual ou pós-moderna é sistemática e tópica ao mesmo tempo, pois deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Hoje, a *superação* de paradigmas foi substituída pela *convivência ou coexistência dos paradigmas*. Efetivamente, raramente encontramos hoje a revogação expressa, substituída pela incerteza da revogação tácita indireta, através da idéia de ‘incorporação’, como bem expressa o Art. 2.043 do novo Código Civil. Há mais convivência de leis com campos de aplicação

a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República – incisos V e X do art. 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil.” (RE 172.720, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 6-2-1996, Segunda Turma, DJ de 21-2-1997). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 19-01-2011.

¹⁵⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e código civil de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 13. Jul./set. 2004. p. 57.

¹⁵⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo** / Leonardo Roscoe Bessa; pref. Gustavo Tepedino; apres. Cláudia Lima Marques. – Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p.89.

diferentes, do que exclusão e clareza. Seus campos de aplicação, por vezes, são convergentes e, em geral diferentes, mas convivem e coexistem em um mesmo sistema jurídico que deve ser ressystematizado. O desafio é este, aplicar as fontes em diálogo de forma justa, em um sistema de direito privado plural, fluido, mutável e complexo.¹⁵⁷

Na compreensão de Erik Jayme é sempre atual a lição deixada por este, que ressalta o “pluralismo” de fontes normativas como característica da pós-modernidade, conclamando o intérprete a um indispensável diálogo harmonizador dos múltiplos núcleos legislativos.¹⁵⁸

A propósito, sublinha Cláudia Lima Marques, invocando Erik Jayme:

Diante do “atual ‘pluralismo pós-moderno’ de um Direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgue a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo.”¹⁵⁹

Na esteira de tal construção, sugere-se, no lugar do conflito de leis, a visualização da possibilidade de coordenação sistemática destas fontes: o diálogo das fontes.¹⁶⁰

Nesta direção, a Constituição da República assume papel prioritário na integração entre as fontes normativas, de sorte a conferir unidade sistemática e axiológica ao sistema jurídico, ou seja, reconhecendo embora a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil.¹⁶¹

Nessa linha, Leonardo Roscoe Bessa cita Pietro Pelingieri, o qual destaca a importância da Constituição Federal como unificadora de valores do

¹⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e código civil de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 13. Jul./set. 2004. p. 58.

¹⁵⁸ MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nadia. **O novo direito internacional** – estudos em homenagem a Erik Jayme / Cláudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras – Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 127-128.

¹⁵⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do Diálogo das Fontes no Combate às Cláusulas Abusivas**, in Revista de Direito do Consumidor, n. 45, 2003, pp.71-74.

¹⁶⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**, in Revista de Direito do Consumidor, n. 51, 2004, p. 59.

¹⁶¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, 3. ed. p. 13.

ordenamento jurídico, o qual tem sido representado por número crescente de fontes legislativas fragmentadas. Ressalta o jurista italiano que “numerosas leis especiais têm disciplinado, embora de modo fragmentado e por vezes incoerente, setores relevantes” e que a perda de centralidade do Código Civil no século XX transfere o papel unificador do sistema para a Constituição, a qual passa a estabelecer um desenho global para unir as mais variadas fontes legais.¹⁶²

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em razão de corte horizontal nas mais diversas relações jurídicas, é significativo exemplo de exigência atual de convivência com diversos outros diplomas. A par da necessária utilização de base conceitual do Código Civil, o art. 7º, caput,¹⁶³ do CDC é expresso no sentido de que não é exclusividade do CDC estabelecer os direitos do consumidor. Outras normas podem, especialmente quando mais vantajosas ao consumidor, ser invocadas, aplicadas inevitavelmente, analisadas em conjunto, buscando-se sempre coerência e harmonia nas conclusões.¹⁶⁴

Caminhando em sentido similar e realizando paralelo entre o CDC e o Código Civil, Gustavo Tepedino simplifica:

O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor não podem ser considerados diplomas contrastantes senão complementares, no âmbito da complexidade do ordenamento, instrumentos para a promoção da solidariedade e do personalismo constitucionais.¹⁶⁵

Na atualidade, tanto a complexidade como o dinamismo fazem parte da interpretação do aplicador do direito. Com o passar do tempo, perde-se a utilidade daqueles chamados critérios tradicionais que eram os pilares de

¹⁶² BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo** / Leonardo Roscoe Bessa; pref. Gustavo Tepedino; apres. Cláudia Lima Marques. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p.89-90 e **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 04-06.

¹⁶³ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 7º, caput. Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 14-12-2010.

¹⁶⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo** / Leonardo Roscoe Bessa; pref. Gustavo Tepedino; apres. Cláudia Lima Marques. – Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p.90.

¹⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento (Editorial)**, Revista Trimestral de Direito Civil 22, Rio de Janeiro, 2005. p. 02.

sustentação para solucionar conflitos de leis, estipulados na Lei de Introdução ao Código Civil.

Na concepção de Claudia Lima Marques, diálogo das fontes é:

[...] a aplicação simultânea, compatibilizadora, das normas em conflito, sob a luz da Constituição, com efeito útil para todas as leis envolvidas, mas com eficácias (brilhos) diferenciados a cada uma das normas em colisão, de forma a atingir o efeito social (e constitucional) esperado. O 'brilho' maior será da norma que concretizar os direitos humanos envolvidos no conflito, mas todas as leis envolvidas participarão da solução concorrentemente.¹⁶⁶

Reitere-se a necessidade de perspectiva constitucional apontada: na análise simultânea de diversas normas do mesmo nível hierárquico, deve o intérprete buscar maior eficácia aos princípios e direitos garantidos constitucionalmente, realizando, quando necessário, a ponderação dos valores constitucionais.¹⁶⁷

Leonardo Roscoe Bessa complementa com a seguinte exposição:

O CDC é, em relação ao Código Civil, norma especial que considera, preponderantemente, a vulnerabilidade do consumidor no mercado. É, de regra, norma especial quanto ao sujeito. Sua incidência, entretanto, não afasta, a priori, a aplicação de outras normas especiais. Os exemplos são inúmeros, pois há uma crescente edição de leis especiais quanto à matéria (plano de saúde, mensalidades escolares, incorporação imobiliária, advocacia, atividades bancárias, transporte aéreo, locação de imóveis, consórcios, serviços públicos, etc.) que convivem com o CDC.¹⁶⁸

O julgamento da ADIn 2.591, em 7 de junho de 2006, pelo Supremo Tribunal Federal, admitiu a importância e necessidade atual do diálogo das fontes.¹⁶⁹

¹⁶⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 519.

¹⁶⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo** / Leonardo Roscoe Bessa; pref. Gustavo Tepedino; apes. Cláudia Lima Marques. – Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p.91.

¹⁶⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo** / Leonardo Roscoe Bessa; pref. Gustavo Tepedino; apes. Cláudia Lima Marques. – Brasília: Brasília Jurídica, 2007. pp.90-91.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 2.591. Plenário. Relator Originário: Min. Carlos Velloso. Relator para o Acórdão: Min. Eros Grau. Julgamento em 07-06-2006. DJ de 29-09-2006. Do voto do Min. Joaquim Barbosa extrai-se o seguinte trecho: "Entendo que o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor podem perfeitamente conviver. Em muitos casos, o operador do direito irá deparar-se com fatos que conclamam a aplicação de normas tanto de uma como de outra área do conhecimento jurídico. Assim ocorre em razão dos diferentes

É nítido perceber o alvoroço causado por tal teoria entre alguns que zelam por ela e outros que defendem a segurança jurídica, sendo taxativos a respeito da norma a ser utilizada, afastando a possibilidade do julgador decidir casuisticamente ou até mesmo ideologicamente em seus julgamentos.

Sem que haja prejuízo à segurança jurídica, é necessário buscar ampliação das formas de proteção em que as normas de consumo possam valer, resguardando os interesses daqueles consumidores vulneráveis e destinatários finais da máquina denominada economia.

O microssistema criado para defender o consumidor foi claramente entendido e acolhido pela Ministra Nancy na relatoria do RE 1.009.591, do Superior Tribunal de Justiça, atentando para o fato daquele não se extinguir, mas sim complementar-se, dialogando com as demais leis que buscam amparar melhor o consumidor.¹⁷⁰

aspectos que uma mesma realidade apresenta, fazendo com que ela possa amoldar-se aos âmbitos normativos de diferentes leis". Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>>. Acesso em: 17-9-2010.

¹⁷⁰ A Ministra Nancy Andrighi posicionou-se de maneira a merecer a seguinte reprodução: "Por outro lado, as regras de autonomia e especificidade do CDC merecem temperamento, sobretudo em virtude do próprio teor do seu art. 7º, que admite expressamente a possibilidade de justaposição da lei consumerista com outras normas compreendidas no sistema geral de defesa do consumidor. Com efeito, o mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema jurídico, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio de uma ou de outra norma. O denominado "direito do consumidor" tem muitas fontes legislativas, tantas quantas assegurarem as diversas normas que compõem o ordenamento jurídico. Ciente disso, o legislador inseriu o art. 7º, caracterizando o CDC como uma codificação aberta, sem a pretensão de ser exaustiva, para sua interação com as demais regras do ordenamento que possam vir a beneficiar o consumidor. Em outras palavras, sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá ser acrescida ao microssistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo. Conforme ensinam Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem, 'o CDC é um sistema permeável, não exaustivo, daí determinar o art. 7.º que se utilize a norma mais favorável ao consumidor, encontre-se ela no CDC ou em outra lei geral, lei especial ou tratado do sistema de direito brasileiro' (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2003, p. 185). Nesse contexto, não é o CDC que limita o Código Civil, é o Código Civil que dá base e complementa o CDC, de modo que se aquele for mais favorável ao consumidor do que este, não será a lei especial que limitará a aplicação da lei geral; estas dialogarão à procura da realização do mandamento constitucional de fazer prevalecer a proteção da parte hipossuficiente da relação de consumo. No particular, o prazo mais favorável ao consumidor é aquele do art. 177 do CC/16, que fixa um prazo prescricional de 20 anos, devendo, por esse motivo, prevalecer sobre o prazo de 05 anos previsto no art. 27 do CDC. (...) Houve tão-somente a prevalência, autorizada pelo referido diálogo de fontes, do prazo que melhor cumpre os ditames constitucionais de proteção ao consumidor" (grifo nosso)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 1.009.591, Brasília, DF, 13 de abril de 2010. Disponível em:

Por isso que é tão importante que se pacifique sua posição no tocante ao cabimento da aplicação do diálogo das fontes no momento em que duas ou mais normas regem uma mesma matéria.

Diante desse quadro, é absolutamente insuficiente sustentar que, por existir lei especial disciplinando determinado setor, afasta-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Deve-se, ao contrário, buscar o convívio harmônico dos variados diplomas legais: um auxiliando-se, sob as luzes dos princípios e valores constitucionais. Antes de afastar a aplicação de uma das fontes, deve-se buscar a possibilidade de interpretação entre elas.¹⁷¹

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletrônica/ita.asp?registro=200702787248&dt_publicacao=23/08/2010

>. Acesso em: 07-9-2010.

¹⁷¹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo** / Leonardo Roscoe Bessa; pref. Gustavo Tepedino; apres. Cláudia Lima Marques. – Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p.93.

CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor foi elaborado por determinação constitucional, com a intenção de amparar o ordenamento público, mais precisamente à defesa da integridade e do direito fundamental da pessoa humana, como os princípios constitucionais abordam.

Com a criação da Lei 8.078/1990, o consumidor ganhou atenção e respeito, desempenhando seus direitos e deveres, que são indispensáveis perante as relações estabelecidas com o fornecedor, em prol do equilíbrio no mercado de consumo, contudo, a conscientização da sociedade deve ser ampla para ambos os pólos.

A organização estrutural construída com o objetivo de proteger o consumidor, ainda não é uma das mais estáveis, contudo, é o desafio que o CDC enfrenta quando se depara com outras normas específicas, como a adotada na Convenção de Varsóvia e no Código Brasileiro de Aeronáutica no tocante ao transporte aéreo, pois essas últimas dispõem sobre a tarifação nas indenizações dos consumidores do serviço.

São presentes nesta pesquisa os pontos relacionados aos consumidores e às empresas de transporte aéreo, onde de um extremo tem-se o consumidor de serviço (em busca de satisfazer necessidades) e do outro o fornecedor de serviços (no exercício de certa atividade), ambos em busca do equilíbrio para que essa relação seja protegida pela ordem pública e receba amparo das bases constitucionais, pois o consumidor ainda é a parte mais fraca nessa relação.

A realidade é que, empresas de transporte aéreo conscientes da sua função de prestadora de serviço, com seriedade e responsabilidade, com aquele olhar crítico para o bem estar e satisfação do consumidor, essas, são as verdadeiras empresas que sabem como manter-se no mercado com sua publicidade perante a sociedade e obter lucro, sabendo balancear os dois lados dessa relação de consumo.

A ampla e extensiva interpretação feita pela jurisprudência acerca do tema trouxe a esta pesquisa a robustez de informações diversas, indispensáveis para a abordagem das divergências doutrinárias que regulam o transporte aéreo, que por sinal é uma atividade que apresenta descompasso entre o contratante e o contratado.

Conforme abordado anteriormente, é objetiva e de resultado a responsabilidade do transportador aéreo pelo seu ramo de atividade, mais especificamente aos possíveis riscos, ainda mais por se tratar de concessionário de serviço público. Caracteriza relação de consumo e é submetido à legislação do Código de Defesa do Consumidor.

As empresas de transporte aéreo dispõem de modernos e variados meios de produção, além do poderio econômico, logo, por serem detentoras de tais poderes, constata-se a impossibilidade do consumidor tratar frente a frente com o transportador, por esses motivos ele acaba se submetendo.

Em conformidade com Lei de Introdução ao Código Civil, o CDC prevalece perante as demais normas regulamentadoras especiais não apenas pela posterioridade da sua criação em face daquelas, mas também pelo fato da sua criação ter sido determinada pela Constituição Federal, ou seja, encontra-se presente uma hierarquia constitucional que supera as normas específicas que regem o transporte aéreo.

Ao longo desses anos, houve inúmeras tentativas para que não se aplicasse o CDC nas lides relacionadas com a prestação de serviço do transportador aéreo, todavia, restaram-se incabíveis, pois tal argumentação partiu daqueles que não detinham conhecimento suficiente da legislação do consumidor, uma vez que não se conseguiu indicar uma aplicação mais formidável ao assunto senão o CDC.

Em conclusão, é de extrema necessidade que seja feita uma precisa interpretação dos dispositivos do CDC, pois é através desta interpretação que serão solucionados os conflitos de interesses no campo do transporte aéreo, não podendo barrar, limitar, ou tarifar reparações de prejuízos dos consumidores, em específico, às indenizações em razão da má prestação dos serviços conforme entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A Legislação Aplicável ao Transporte Aéreo Internacional. **Revista Brasileira de Direito Aeroespacial**, n. 75, 1998.

ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. **História e evolução do Direito do Consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2645, 28 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17500>>. Acesso em: 27-10-2010.

ALVIM, Eduardo Arruda; JORGE, Flávio Cheim. A responsabilidade civil no código de proteção e defesa do consumidor e o transporte aéreo. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. nº 19, 1996. pp. 114-136-137.

ALVIM, Eduardo Arruda. Código do Consumidor Comentado. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1995. p. 44.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A invalidade das cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de transporte aéreo. **Revista de direito do consumidor**, n. 26, p. 9-17, abr./jun., 1998. p. 41.

AZEVEDO, Fernando Costa de. Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, a. 2009, n. 69, p. 47.

BENJAMIM, Antônio Herman. O conceito jurídico de consumidor. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 628, fev. 1988. pp.72-76.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Manual de direito do consumidor/ Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. 2. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009. p. 25-26.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo** / Leonardo Roscoe Bessa; pref. Gustavo Tepedino; apres. Cláudia Lima Marques. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor: código de defesa do consumidor**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

_____, Carlos Alberto. Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais, **Revista dos Tribunais**, SP, 1993, p. 24.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, 10. ed, Brasília, UnB, 1997.

BOLSON, Simone Hegele. **Direito do Consumidor e o Dano Moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BONATTO, Cláudio. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos/** Cláudio Bonatto, Paulo Valério Dal Pai Moraes. 2. ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 16-09-2010.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 11-08-2010.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 11-08-2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. 3 ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2010.

BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa** / Francisco da Silveira Bueno, ed. ver. e atual. Por Helena Bonito C. Pereira, Rena Signer. São Paulo: FTD: LISA, 1996.

CALIXTO, Marcelo. Princípio da vulnerabilidade in **Princípios do direito civil contemporâneo** (Maria Celina Bodin Moraes). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do transportador na jurisprudência do STF. **Revista de Direito do Consumidor n. 76**, ed. Revista dos Tribunais. Vol. 19. Out./dez. 2010. pp.121-122.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **O Direito do Consumidor: Fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial**/ José Carlos Maldonado de Carvalho. Rio de Janeiro: Destaque, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

_____, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____,Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do Direito econômico, **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 255, ano 72, p. 19, jul-set. 1976.

DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, 5. ed. Revista atualizada ampliada, Rio de Janeiro, Forense, 1998. p. 158.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas** / Maria Helena Diniz. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____, Maria Helena. **Curso de direito brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FARES, Ali Taleb. **Novo panorama da responsabilidade civil no transporte aéreo**. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br>>. Acesso em: 08-09-2010.

FEUZ, Paulo Sérgio. **Direito do Consumidor nos Contratos de Turismo: Código de defesa do consumidor aplicado ao turismo**. Bauru, SP: Edipro, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 3. ed., São Paulo, Malheiros, 1998.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas 2001.

FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito**. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 1997.

FREITAS, Paulo Henrique de Souza. **Responsabilidade Civil no Direito Aeronáutico**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

GAMA, Hélio Zaguetto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**/ Paulo Roberto Roque Antonio Khouri. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade civil nas relações de consumo. São Paulo: Editora **Revista dos tribunais**, 2001. p. 85.

LUCCA, Newton de. **Direito do Consumidor, Teoria da Relação de Consumo**. Editora Quartier Latin, São Paulo, 2003, p. 264. Citando Gusdorf em sua obra **A Agonia da Nossa civilização**, Editora Convívio, São Paulo, 1978.

Maria Helena Diniz- aula ministrada no Mestrado da PUC-SP *apud* Christiane de Godoy Alves Iglesias, **O Contrato de Transporte Aéreo de Pessoas e a Responsabilidade do Transportador**, Dissertação de Mestrado PUC-SP, 2002.

MARINS, James. Responsabilidade da empresa pelo fato do produto, São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 1991, pp. 127-138.

MARQUES, Cláudia Lima. A Responsabilidade do Transportador Aéreo pelo Fato do Serviço e o Código de Defesa do Consumidor - **Revista Direito do Consumidor** nº 03, São Paulo, 1992. p. 185.

MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nadia. **O novo direito internacional** – estudos em homenagem a Erik Jayme / Cláudia Lima Marques, Nadia de Araújo, organizadoras – Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e código civil de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 13. Jul./set. 2004. pp. 56-57.

_____, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, 1992. p. 67

_____, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 4. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002. p. 322-323-329-519.

_____, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor. 5. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006. p. 384.

_____, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do Diálogo das Fontes no Combate às Cláusulas Abusivas, in **Revista de Direito do Consumidor**, n. 45, 2003, pp.71-74.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, 4. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1947.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 11. Ed. São Paulo, Malheiros, 1999.

MIRANDA JÚNIOR, Darcy Arruda. **Código do consumidor na jurisprudência: acórdãos na íntegra e ementas atualizadíssimas, completo índice de assuntos** / Darcy Arruda Miranda Júnior. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **O Código de Defesa do Consumidor: princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MORSELLO, Marco Fábio. **Responsabilidade civil no transporte aéreo**. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor nº 03**. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 1992.p. 44-77.

NORONHA, Fernando. A Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo por Danos a Pessoas, Bagagens e cargas, **Revista Direito do Consumidor nº 44**. ed. Revista dos Tribunais. Vol. 11. Out./dez. 2002. p. 169.

RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. 1979.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 1999.

SALLES, Carlos Alberto de. O Direito do Consumidor e suas influências sobre os mecanismos de regulação do mercado. **Revista de Direito do Consumidor n.º 17**, janeiro/março 1996. p. 91.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, pp. 102-104.

SENA, Felicíssimo. **Revista Jurídica** – vol., n.º3/4 (2001) – Anápolis, FAE,. FADA, 2001. pp. 17-25-26.

SILVA, Wellington Vieira da. Código de defesa do consumidor e responsabilidade civil no serviço de transporte aéreo. **Revista Universitas/jus**. Brasília: Coleção Uniceub, 2001. pp. 143-144-146.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004. p. 130.

TALAVERA, Glauber Moreno. **Relações de consumo no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, 3. ed.

_____, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento (Editorial), **Revista Trimestral de Direito Civil 22**, Rio de Janeiro, 2005. p. 02.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Responsabilidade Civil á luz da jurisprudência**. São Paulo: Universitária, 1986.

UCHÔA, André. **Responsabilidade civil do transportador aéreo: tratados internacionais, leis especiais e código de proteção e defesa do consumidor/** André Uchôa. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WAMBURG, Jorge. Ministro descarta problemas no transporte aéreo brasileiro durante a Copa de 2014. **Agência Brasil**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2009-12-15/ministro-descarta-problemas-no-transporte-aereo-brasileiro-durante-copa-de-2014>>. Acesso em 14-04-2011.